

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL - FACULTÉ DE DROIT
Section des sciences commerciales, économiques et sociales

La mesure de politique économique au sens de l'article 31 bis II de la Constitution fédérale

Thèse

présentée à la Section des sciences commerciales, économiques et sociales
de la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel
pour obtenir le grade de Docteur
ès sciences politiques et administratives

par

HEINZ THURNHEER

Imprimerie Andres S. A., Bienne, Place du Marché-Neuf

1957

La mesure de politique économique au sens de l'article 31 bis II de la Constitution fédérale

Thèse

présentée à la Section des sciences commerciales, économiques et sociales
de la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel
pour obtenir le grade de Docteur
ès sciences politiques et administratives

par

HEINZ THURNHEER

Monsieur HEINZ THURNHEER, de Weinfelden, est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat ès sciences politiques et administratives, «La mesure de politique économique au sens de l'article 31 bis II de la Constitution fédérale». Il assume seul la responsabilité des opinions émises.

Neuchâtel, le 29 septembre 1956.

Le Directeur de la Section
des sciences commerciales,
économiques et sociales.

P.-R. Rosset

Qu'il me soit permis d'exprimer ici ma profonde gratitude à Monsieur le professeur A. GRISEL de la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel pour l'intérêt qu'il a témoigné à ma thèse et pour la liberté qu'il m'a laissée dans l'accomplissement de mon travail.

Mes remerciements vont également à Monsieur J.-F. AUBERT, Docteur en droit, Corcelles/NE, pour sa précieuse collaboration comme traducteur.

Table des matières

INTRODUCTION	7
CHAPITRE PREMIER	
La liberté du commerce et de l'industrie	11
§ 1. Le double caractère de la liberté du commerce et de l'industrie	11
A. La liberté du commerce et de l'industrie est un droit individuel	11
B. La liberté du commerce et de l'industrie est un postulat de l'économie nationale	14
§ 2. Histoire de la liberté du commerce et de l'industrie en Suisse	16
§ 3. Portée actuelle de la liberté du commerce et de l'industrie	18
CHAPITRE DEUX	
L'occasio legis de l'alinéa sur les mesures d'encouragement	24
CHAPITRE TROIS	
Nature du pouvoir d'encouragement et des mesures qu'il permet de prendre	31
§ 1. Nature du pouvoir d'encouragement	31
§ 2. Nature des mesures d'encouragement	33
A. Que signifie «encouragement» ?	33
B. Que signifie «mesure» ?	37
CHAPITRE QUATRE	
La portée de l'article sur les mesures d'encouragement	41
§ 1. Les branches économiques	42
§ 2. Les professions	48
CHAPITRE CINQ	
Les moyens de la politique d'encouragement. Généralités	51

CHAPITRE SIX

Les limites du pouvoir d'encouragement	54
§ 1. La liberté du commerce et de l'industrie	54
A. Le problème et sa solution de principe	54
I. Les mesures de politique économique sont-elles compatibles avec la L.C.I.? Le critère de la contrainte	54
II. Une contrainte indirecte est assimilée à une contrainte directe	64
III. Le principe de l'égalité devant la loi commande un traitement égal des exploitations concurrentes	68
B. Les conséquences	72
I. La contrainte directe	72
II. La contrainte indirecte	79
III. Le traitement inégal des exploitations concurrentes	80
§ 2. La sauvegarde des intérêts généraux de l'économie nationale	85

CHAPITRE SEPT

Le contenu des mesures d'encouragement	97
--	----

CHAPITRE HUIT

La constitutionnalité des mesures d'encouragement, envisagées d'un point de vue formel	105
I. Les lois fédérales et les diverses espèces d'arrêtés fédéraux	105
II. L'article 32 I Cst. et la forme juridique des mesures d'encouragement	109
III. Les ordonnances du Conseil Fédéral fondées sur le pouvoir d'encouragement	116

CHAPITRE NEUF

La situation des cantons	120
I. Le pouvoir d'encouragement prévu à l'article 31 bis II Cst. n'est pas une compétence exclusive de la Confédération	120
II. Les prescriptions normatives de la Confédération dans le domaine de la politique d'encouragement	128

CONSIDERATIONS FINALES	133
----------------------------------	-----

BIBLIOGRAPHIE	137
-------------------------	-----

Introduction

1. En 1947, les articles économiques de la Constitution Fédérale furent révisés. Par cette revision, le constituant cherchait à obtenir un équilibre entre les principes d'un ordre libéral, d'une part, les actuelles tendances sociales et économiques, de l'autre. Il est clair que seules des dispositions très larges, voire vagues, rendaient possible un pareil compromis. C'est pourquoi les articles révisés sont parmi les plus obscurs de notre Constitution, et il est souvent bien difficile d'en mesurer l'exacte portée.

A vrai dire, beaucoup de problèmes ont déjà fait, dans ce domaine, l'objet de thèses et de monographies, si bien qu'il existe, aujourd'hui, sur ce point, une littérature assez abondante. Mais certaines questions n'ont pas encore reçu de réponse.

C'est à l'une d'elles que la présente étude est consacrée, à savoir la question des *mesures d'encouragement selon l'article 31 bis II Cst.* Cette disposition habilite l'Etat fédéral à «prendre des mesures en faveur de certaines branches économiques ou professions», «tout en sauvegardant les intérêts généraux de l'économie nationale», et en respectant «le principe de la liberté du commerce et de l'industrie».

Ce qui rend difficile l'interprétation de cette règle de compétence, c'est surtout que les mesures d'encouragement doivent être compatibles avec le principe de la liberté du commerce et de l'industrie (désormais abrégé L.C.I.). Une telle exigence élimine, dès l'abord, toute une série d'interventions étatiques. Les prescriptions relatives aux prix, les limitations numériques de certaines industries (*numerus clausus*, clause de besoin), l'obligation d'un certificat de capacité, etc., sont autant de règles qui violent la L.C.I. et qui, par conséquent, sont inadmissibles. Ce sont bien plutôt les mesures qui respectent la L.C.I. qui sont rares. Et pourtant, il en existe.

Comment la Confédération peut-elle encourager certaines branches de l'économie, sans, du même coup, porter atteinte au principe de la L.C.I.? Tout secours étatique n'expose-t-il pas celui qui en bénéficie au risque, au moins virtuel, de perdre son indépendance ? Il suffit de penser aux subventions ; ces prestations en argent de la Confédération n'imposent-elles pas à leurs destinataires l'accomplissement de certaines obligations ? Semblable condition se concilie-t-elle avec la L.C.I. ? Et que penser de ceux qui ne bénéficient pas des mesures d'encouragement ? Ne sont-ils pas, eux aussi, en fait, indirectement limités dans leur liberté ? Enfin, la moindre de ces mesures, en avantageant une branche ou une profession, ne viole-t-elle pas le droit, inscrit dans la L.C.I., qu'ont tous les justiciables d'être également traités ?

Les «intérêts généraux de l'économie nationale», les «branches économiques», les «professions» sont, en outre, des termes qui nécessitent une exégèse. La forme constitutionnelle des mesures d'encouragement et le partage de compétence entre la Confédération et les cantons posent d'autres questions. On le voit, la politique d'encouragement que prévoit notre article 31 bis II est la source de difficultés qu'on ne soupçonnait pas, à l'origine.

2. Les écrits sur le droit public qui examinent les fondements constitutionnels des articles révisés ne distinguent pas toujours avec assez de précision l'aspect juridique et l'aspect économique. C'est pourquoi, par réaction, certains auteurs préconisent de séparer totalement les deux domaines. Toutefois, nos articles ont leur racine dans la vie économique, et une monographie juridique n'en saurait faire abstraction. Il suffit simplement qu'elle appelle les choses par leur nom, et qu'elle ne donne pas pour juridique ce qui ressortit à l'économie. Même le législateur et le juge doivent, parfois, s'inspirer de considérations économiques, quand la règle de droit vise des faits économiques.

Les points de vue extrajuridiques, qui, en général, jouent un rôle dans tous les secteurs du droit (1), ont une importance particulière dans l'interprétation de nos articles révisés : «Si l'organisation, l'interprétation et l'application des articles économiques entendent être intelligentes, il est indispensable que non seulement le spécialiste mais encore le législateur, le juge et l'avocat aient une certaine compréhension des lois et

(1) En droit civil, par exemple, le législateur régit un domaine qui, en soi, n'est pas juridique ; de même, le juge tranche des espèces dont l'état de fait se situe hors du droit. Mais il n'est possible d'appliquer une règle de droit à un rapport de fait qu'autant qu'on le comprend pleinement. Et cette compréhension nécessite des connaissances économiques, psychologiques, médicales, techniques, etc. (cf. Nef, *Der richterliche Schutz*, page 203).

des rapports économiques» (2). Qu'on pense, par exemple, à la règle constitutionnelle relative aux cartels (article 31 bis III, d, Cst.). On lit que, selon les circonstances, la Confédération peut édicter des dispositions «pour remédier aux conséquences nuisibles, d'ordre économique ou social, des cartels ou des groupements analogues». S'il veut légiférer dans le cadre de cet alinéa, le législateur doit connaître exactement la nature des cartels, et leurs effets possibles sur l'économie nationale. Parmi les questions préjudiciables qu'il est appelé à résoudre, les plus importantes ne sont donc pas juridiques mais économiques.

C'est pour ces raisons que, si en principe notre thèse étudie le problème sous le seul angle du droit public, il sera cependant nécessaire d'en étayer parfois les conclusions juridiques par des considérations d'ordre économique.

3. Notre exposé s'articule de la façon suivante. Comme les mesures d'encouragement prévues par l'article 31 bis II Cst. doivent respecter le principe de la L.C.I., nous ferons de ce principe l'objet de quelques remarques préliminaires. Puis, nous examinerons pour quelles raisons la Confédération s'est vu attribuer la compétence d'édicter des mesures d'encouragement. Cette étude historique facilitera le travail d'exégèse ultérieur. Ensuite, nous rechercherons ce qu'il faut entendre par «encouragement» et «mesures d'encouragement». Et c'est alors seulement qu'il nous sera possible de délimiter l'étendue du pouvoir fédéral en question. La limitation de ce pouvoir nous retiendra assez longtemps, car, bien évidemment, elle en détermine l'importance pratique. L'avant-dernier chapitre s'interrogera sur la forme que doivent revêtir les mesures d'encouragement. Enfin, le dernier exposera la situation des cantons.

(2) *Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht*, premier fascicule, 1949 (première année), avant-propos des éditeurs, page 2.

CHAPITRE PREMIER

La liberté du commerce et de l'industrie

§ 1. Le double caractère de la liberté du commerce et de l'industrie.

A. La liberté du commerce et de l'industrie est un droit individuel (1).

En un temps où l'Etat devient toujours plus envahissant, la question des droits individuels présente un intérêt pratique incontestable. Mais on a tellement écrit sur le développement historique, la nature juridique et le sens de ces droits, que nous pouvons, ici, nous limiter à l'essentiel. Nous n'évoquerons des faits et des théories connus qu'autant qu'ils semblent permettre une meilleure intelligence de notre exposé.

1. L'*idée* des droits individuels — et la L.C.I. en est un — remonte principalement au temps de l'«Aufklärung». C'était l'époque du *droit naturel*, et le droit naturel déclarait que les hommes sont libres. Certaines libertés leur sont innées, qui leur viennent de la nature, et qu'aucune loi ne saurait leur enlever. D'après cette doctrine, les «droits de l'homme» ne doivent pas leur origine à un acte *constitutif* de l'Etat. Ils sont simplement *constatés* par des proclamations particulières, dont les plus célèbres sont, incontestablement, les Bills of Rights nord-américains de 1776—1783, et la Déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

Dans ces catalogues désormais classiques, la L.C.I. n'est pas mentionnée expressément. C'est en ce sens qu'on peut dire qu'elle ne fait

(1) Cf., pour les pages suivantes, Giacometti, Bundesstaatsrecht, pages 240 ss ; Staatsrecht der Kantone, pages 152 ss.

pas partie des libertés traditionnelles (2). Cependant, M. Marti (3) a démontré que la liberté de l'industrie était contenue, implicitement, dans les fameuses déclarations, et que la logique même voulait qu'elle y fût comptée. La doctrine des droits de l'homme «ne peut négliger l'activité économique, dont le rôle, dans la vie humaine, est considérable. Si l'homme prétend être libre, il faut que, dans ce domaine également, il soit protégé contre l'emprise de l'Etat» (4).

2. Les libertés fondamentales ont cessé d'être superétatiques. L'idée de la pérennité des droits de l'homme s'est estompée, peu à peu, au profit du besoin nouveau d'assurer à ces droits la protection particulière de l'Etat (5). De droits naturels, les libertés devinrent *droits constitutionnels*. Assurément, le rapport entre l'individu et l'Etat a gardé son contenu de principe. Mais, la constitution étant revisible, les libertés ne sont plus imprescriptibles (6). La conception des droits naturels a donc abdicqué (7). Les libertés garanties par la constitution sont aujourd'hui des *droits positifs, d'origine étatique*.

3. Dès que les libertés fondamentales sont devenues des droits constitutionnels, on a pu se demander si elles sont des *droits subjectifs*, ou si elles n'ont que le caractère de *normes juridiques objectives*. Encore faut-il savoir si le droit public admet des droits subjectifs. Notons qu'en Suisse, la majorité de la doctrine est disposée à en reconnaître l'existence (8). Toutefois, MM. Hans Huber (9) et Zacharie Giacometti (10) défendent l'opinion contraire. Ils ne voient, dans les libertés fondamentales, que du droit objectif.

La jurisprudence fédérale n'a pas accordé beaucoup d'attention au problème. En effet, il importe peu que la qualité pour former un recours de droit public se fonde sur un droit public subjectif, ou sur le

(2) Giacometti, Bundesstaatsrecht, page 274.

(3) Handels- und Gewerbefreiheit, page 18.

(4) Le droit naturel catholique ne connaît, à vrai dire, aucune L.C.I. qui serait un droit superétatique (cf. Rommen, pages 39 ss, 71 ss, 221 ss).

(5) Huber, Garantie, page 41 a.

(6) Huber, Garantie, page 42 a.

(7) Il est vrai que la crise par où passent, actuellement, en Europe, les libertés individuelles, a eu pour conséquence de leur faire reconnaître, à nouveau, et de plus en plus, un caractère absolu, antérieur et supérieur à l'Etat (cf. Kägi, page 55). M. Huber, dans son Verbandsrecht, page 53, pense qu'on peut même «parler sérieusement d'une résurrection du droit naturel».

(8) Cf., par exemple, Fleiner, Bundesstaatsrecht, pages 274 ss; Spahn, page 152.

(9) Garantie, pages 54 a ss.

(10) Bundesstaatsrecht, page 242.

reflet d'une règle objective. Il suffit, pour que le pourvoi soit recevable, que le recourant allègue la violation d'une disposition constitutionnelle, et établisse qu'il a été atteint dans ses intérêts (11).

4. Les libertés individuelles sont *opposables à tous les organes de l'Etat* (12). Le législateur même doit les respecter (13). Il s'agit de *droits immédiatement applicables*. Le particulier peut les invoquer directement (14).

5. Les droits individuels sont le reflet juridique d'une *idéologie politique individualiste*. Leur but premier est de garantir, dans la communauté étatique, la dignité de la personne humaine. La liberté est à l'origine de toutes les valeurs. Elle doit être assurée dans tous les domaines de l'existence. Pris en eux-mêmes, les droits individuels ne sont qu'irradiations du droit unique et central à la liberté personnelle. La liberté de croyance limite l'intervention de l'Etat sur le plan religieux, la L.C.I. sur le plan économique.

Les libertés fondamentales sont donc, en une certaine mesure, les parties d'un tout qui est le droit à la liberté individuelle. Elles ne sont pas des droits isolés, qui pourraient être limités, ou supprimés, sans grand dommage pour l'ordre constitutionnel (15).

Le choix des libertés expressément dénombrées dans la constitution s'explique pour des raisons historiques. En ce sens, il est fortuit. Il ne signifie pas que la liberté puisse être impunément violée dans les autres domaines. «Il paraît impensable que certaines libertés soient garanties, et que d'autres, en revanche, qui ne sont pas moins importantes, ne le soient pas» (16). Et c'est logique, si l'on part de l'idée d'un droit à la liberté qui englobe tous les autres ; en d'autres termes, si l'on s'inspire d'un ordre de valeur libéral.

6. Aucune liberté fondamentale ne saurait être garantie sans restriction. Bien au contraire, la liberté de chacun doit être limitée si l'on veut que chacun puisse être libre. Nul ne doit abuser de sa liberté,

(11) Cf., par exemple, A.T.F. 22.1012 ; 32. I. 309.

(12) En ce sens, M. Giacometti les qualifie d'«absolues» (Staatsrecht der Kantone, page 153).

(13) Cela présuppose, toutefois, une constitution rigide (Giacometti, Staatsrecht der Kantone, pages 153-154).

(14) Sur les limites nécessaires de toutes les libertés fondamentales, cf., ci-dessous, chiffre 6.

(15) Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 25.

(16) Giacometti, Staatsrecht der Kantone, pages 169-170.

pour supprimer celle d'autrui, ou lui porter quelque atteinte (17). Sinon, la communauté juridique tomberait dans l'anarchie. C'est donc l'idée même qui est à l'origine des droits individuels, à savoir la garantie de la valeur individuelle, qui leur impose des bornes (18). Du reste, on a aussi justifié ces bornes en opposant la liberté à d'autres biens juridiques également dignes de protection, mais qui ne sont véritablement garantis qu'autant que la liberté n'est pas absolue (19).

7. Ces généralités, appliquées au cas particulier de la L.C.I., nous amènent aux conclusions suivantes : La L.C.I. est un droit constitutionnel positif. Selon la doctrine dominante, c'est même un droit public subjectif. Il protège le particulier contre les interventions de l'Etat dans le domaine économique. C'est un droit immédiatement applicable. Toutefois, il ne peut être garanti de manière illimitée.

B. La liberté du commerce et de l'industrie est un postulat de l'économie nationale.

1. On ne saurait considérer la L.C.I. comme un droit individuel seulement. Parmi les libertés fondamentales, elle occupe une place particulière. Assurément, elle a une racine dans le droit naturel, mais elle en a une autre, non moins importante, dans l'économie nationale. En effet, s'il est exact que le plus grand bien-être possible s'obtient plus facilement par une économie libérale que par une économie dirigée, ce sont bien aussi des raisons économiques qui justifient la L.C.I.

Démontrer la supériorité du système libéral fut le premier souci de l'école anglaise classique de l'économie politique. Son fondateur, Adam Smith (1723—1790), pensait que le libre jeu des forces économiques conduisait naturellement à l'harmonie sociale. Il posait en fait que, chacun s'efforçant de réaliser le gain le plus grand possible, le revenu total atteindra le maximum et que le bien-être social n'est que la «somme des bien-être particuliers» (1). Adam Smith professait que la liberté de l'économie dépendrait de l'existence d'une concurrence. «Les classiques étaient d'avis qu'à la longue la libre concurrence ferait coïncider avec les intérêts généraux les intérêts particuliers les plus égoïstes» (2).

(17) A.T.F. 32. II. 368.

(18) Giacometti, Bundesstaatsrecht, page 246.

(19) Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 81.

(1) Sombart, page 59.

(2) Böhler, page 719.

2. Est-il fondé de voir, dans l'économie nationale, une seconde justification de la L.C.I., qui soit vraiment indépendante de la première? La question se pose, si l'on songe que l'économie libérale anglaise remonte, comme la doctrine des droits individuels, au droit naturel du temps de l'«Aufklärung» (3).

En fait, du point de vue de l'histoire des idées, la théorie de l'économie nationale n'est pas une explication autonome de la L.C.I. Néanmoins, si la doctrine dominante parle d'une double origine de la L.C.I., elle poursuit un but pratique. Car, quoique les deux justifications soient dans un rapport d'étroite parenté spirituelle, il n'est pourtant pas indifférent qu'un constituant garantisse la L.C.I. pour des raisons tirées de l'économie nationale, ou pour des motifs puisés dans le droit naturel. L'interprétation des règles constitutionnelles en sera différente.

Par exemple, l'interdiction des cartels est-elle conciliable avec la L.C.I.? Oui, peut-être, si cette liberté se déduit de considérations économiques : les cartels, en supprimant la concurrence, compromettent, ou même entravent, l'harmonie économique. Non, en revanche, si cette liberté est un axiome du droit naturel (4) : une interdiction des cartels, ou toute prescription qui les désavantagerait, serait une immixtion inadmissible dans la libre économie. La liberté doit être sauvegardée, fût-ce au prix de graves désordres économiques. Puisque — dans la conception du droit naturel — la liberté est le bien juridique le plus digne de protection, il faudrait que les inconvénients qu'elle entraîne soient vraiment très considérables pour qu'il soit légitime de la restreindre.

3. La double origine de la L.C.I. — droit naturel, d'une part, économie nationale, de l'autre, — influence donc son interprétation. Bien entendu, il ne faut pas argumenter, dans tel cas particulier, comme si la L.C.I. procédait exclusivement du droit naturel ou de l'économie nationale. En réalité, il y a là, ordinairement, une question de nuance. Tantôt l'un des motifs, tantôt l'autre, prédominera. Et l'exégèse en est rendue plus difficile, puisqu'il faut toujours mesurer l'importance respective de ces deux motifs (5).

(3) Cf. Hasbach, pages 167 ss.

(4) Marti, *Handels- und Gewerbefreiheit*, page 175.

(5) C'est ce qui ressort également des constatations de M. Tanner. Pour lui, les modifications que la L.C.I. a subies, en Suisse, au cours des années, s'expliquent par le fait que l'une et l'autre des deux justifications ont été accentuées tour à tour (page 13).

§ 2. Histoire de la liberté du commerce et de l'industrie en Suisse.

1. *Avant 1874.* Les doctrines de la révolution française pénétrèrent en Suisse en même temps que ses armées, en 1798. Jusqu'alors, on avait vécu dans les traditions corporatives. Maintenant, on entendait proclamer le principe nouveau de la L.C.I. C'est ainsi qu'une loi qui s'appuyait sur la Première Helvétique du 12 avril 1798 disposait : «Tous les arts et métiers et toutes les branches d'industrie sont libres dans la République des Helvètes ; elles sont désormais affranchies de toute contrainte corporative» (1).

Mais l'époque n'était pas encore mûre pour un changement aussi radical de l'économie. Les anciennes corporations résistèrent avec opiniâtreté, si bien que l'économie n'a pas pu véritablement se libérer, et qu'après l'Acte de Médiation, certains cantons revinrent même tout à fait au système qu'on croyait révolu. La Constitution de 1848 non plus n'introduisit pas une complète L.C.I. Elle se contenta de garantir la liberté dans le trafic commercial intercantonal (2), abandonnant, pour le reste, aux cantons, le soin de réglementer l'économie.

2. *La Constitution Fédérale de 1874.* Ce ne fut que la Constitution de 1874 qui consacra la L.C.I. proprement dite. Dans l'entre-temps, en effet, les idées libérales avaient poussé de nombreuses racines et avaient inauguré, en maint canton, une économie libre. L'essor des nouvelles industries, sensible dans ces cantons progressistes, et la notoriété de la doctrine libérale eurent pour résultat final que la L.C.I. fut uniformément reconnue sur tout le territoire fédéral.

Cela montre clairement que la L.C.I. fut introduite, avant tout, pour des raisons économiques. A de nombreux égards, on estimait que la libre concurrence, pratiquée dans un système d'économie libre, servait à accroître la prospérité du pays. Ainsi, c'était à elle qu'étaient attribués :

- «1. Une *sélection objective* des hommes les plus capables et des méthodes les meilleures par l'émulation et le jeu de la concurrence au service du consommateur ;
2. Une *augmentation du rendement* par le développement de l'initiative et des forces créatrices de l'individu ;

(1) Loi du 19 octobre 1798. Cf. Recueil officiel des actes du temps de la République helvétique (1798—1803), troisième volume (publié par Johannes Strickler), Berne 1889, page 195.

(2) Article 29.

3. Un contrôle réciproque et automatique des producteurs *empêchant les plus forts* d'acquérir une suprématie ayant un caractère de *monopole* ;

4. Une *adaptation élastique aux variations de la demande* à l'aide de la libre formation des prix» (3).

3. *Après 1874*. Les conséquences qu'on assignait à la libre concurrence ne pouvaient toutefois se réaliser qu'à certaines conditions bien déterminées (4). Ces conditions, relatives à la structure économique, étaient réunies en 1874 si bien que le système libéral se recommandait alors par ses effets les plus bienfaisants. Mais de multiples modifications de structure survinrent, au cours des années suivantes, en particulier la naissance des grandes exploitations, et la formation des monopoles et des cartels, qui entravèrent toujours davantage le jeu de la concurrence. De la sorte, les résultats de l'économie libre n'étaient plus aussi favorables, et, malgré la reconnaissance du principe de la L.C.I., la Confédération dut multiplier ses interventions. Les nécessités de la police et les besoins sociaux réclamaient des mesures toujours plus étendues (5). Mais les ingérences de l'Etat se justifiaient également par des motifs tirés de la politique économique. Par exemple, quand il s'est agi de remédier aux effets de la crise des années «trente». Et surtout, quand il fallut surmonter les difficultés provoquées par les deux guerres mondiales.

Pourtant, il ne faut pas attribuer ce rétrécissement progressif de la L.C.I. aux seules circonstances extérieures, telles que des crises et des guerres, mais bien aussi au rejet du principe lui-même par une partie du peuple.

L'évolution que nous venons de décrire ne se fit que pour une moindre part selon la voie de la revision constitutionnelle. Le plus souvent, le caractère extraconstitutionnel des interventions économiques ne fut même pas dissimulé. Mais l'exigence de la constitutionnalité des lois postulait soit le retour à une L.C.I. intégrale, soit l'adaptation de la Constitution à la nouvelle situation économique. Une marche en arrière ne paraissait plus guère possible, à cause des grands changements qui étaient survenus depuis 1874. La revision des dispositions économiques était donc le seul moyen de restaurer la constitutionnalité de notre droit.

(3) Message I, page 833.

(4) Cf. Fritz Imboden, page 37.

(5) Pour une énumération des mesures les plus importantes, cf. Giacometti, Bundesstaatsrecht, page 277.

4. *La revision des articles économiques en 1947.* La revision fut discutée, dès après la première guerre mondiale, dans les partis politiques et les organisations économiques. Puis, sur l'impulsion du Parlement, où se multipliaient les motions et les postulats (6), le Département fédéral de l'économie publique institua diverses commissions d'experts (7), dont les travaux se résumèrent dans un premier projet du Conseil Fédéral (8).

Les Chambres en délibérèrent longuement, y apportèrent diverses modifications, et finirent par l'accepter, le 21 septembre 1939. Toutefois, la guerre fit ajourner la consultation populaire.

En 1944, les Chambres décidèrent de revenir sur leur vote de 1939, et invitèrent le Conseil Fédéral à préparer un nouveau projet. Ce second texte fut achevé en 1945 (9). Après que les Chambres lui eurent apporté quelques changements, elles l'adoptèrent, le 4 avril 1946. Le peuple et les cantons l'approuvèrent, à leur tour, par le vote du 6 juillet 1947 (10).

§ 3. Portée actuelle de la liberté du commerce et de l'industrie.

1. Ni la version originale, ni le texte révisé, ne définissent la L.C.I. La L.C.I. est simplement garantie sur tout le territoire de la

(6) Cf. Message I, pages 867 ss.

(7) Une première commission d'experts, composée de représentants des plus importants groupements économiques et de membres de l'Assemblée Fédérale, fut réunie en 1933. Les conférences se tinrent à Vevey (1933) et à Lucerne (1934). Ce fut d'après les résultats de ces délibérations que le D.F.E.P. prépara un projet de revision. Toutefois, des tâches plus pressantes obligèrent souvent à suspendre les travaux. Dans l'entretemps, la situation se modifia à tel point, en particulier par la dévaluation du franc suisse, en 1936, qu'une seconde commission d'experts pour la législation économique dut être convoquée (décision du 21 octobre 1936). Cette commission se subdivisait en quatre sous-commissions, dont trois étaient chargées d'examiner chacune un domaine déterminé de l'économie, tandis que la quatrième étudiait comment il serait possible de tenir compte de leurs propositions dans un texte constitutionnel modifié (cf., à ce sujet, Message I, pages 838 ss, 874).

(8) Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale concernant une revision partielle des dispositions constitutionnelles qui régissent l'ordre économique, du 10 septembre 1937, F.F. 1937, II 829 ss (cité Message I).

(9) Message Complémentaire du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale sur la revision des articles de la Constitution Fédérale relatifs au domaine économique, du 3 août 1945, F.F. 1945, I 877 ss (cité Message II).

(10) R.O.L.F. 63, page 1047 : Arrêté Fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 6 juillet 1947, sur la revision des articles de la Constitution Fédérale relatifs au domaine économique, du 1er octobre 1947.

Confédération (1). Toutefois, au cours des années, la jurisprudence fédérale a souvent eu l'occasion d'en délimiter la notion et la portée. La notion de la L.C.I. n'a subi aucun changement dans la révision de 1947. Le principe demeure, ce ne sont que les exceptions qui sont désormais plus nombreuses.

La L.C.I. est une barrière contre le pouvoir de l'Etat. Dans un système de droits publics subjectifs, tel que celui de Jellinek, elle ferait donc partie du «status negativus» (2). Ce qui signifie que, dès l'introduction de cette liberté, toutes les limitations existantes (exemple : contrainte corporative) sont abolies, et qu'il est interdit d'en instituer de nouvelles.

2. La L.C.I. est dirigée contre les interventions de l'Etat (et des collectivités publiques) (3). En revanche, elle ne saurait être invoquée pour protéger le particulier contre les empiètements d'un autre particulier dans son champ d'activité économique (4), même si cet autre particulier se trouvait être l'Etat, agissant en qualité de personne de droit privé (5).

Les sujets passifs de la L.C.I. sont donc la Confédération, les cantons, et les collectivités de droit public, ainsi que tous leurs organes. Relevons cependant que l'article 113 III Cst. n'ouvre un recours de droit public qu'à l'encontre des mesures prises par les autorités cantonales.

3. La L.C.I., qui est une liberté fondamentale, s'étend à chacun. D'après le Tribunal Fédéral, toutes les personnes privées, physiques et morales, peuvent s'en prévaloir. Sont exceptés les seuls étrangers (6). Il n'est fait aucune acception de sexe, d'âge, de capacités, etc. (7). La L.C.I., étant un droit individuel, n'appartient pas aux collectivités de droit public.

(1) Article 31 I Cst.

(2) Jellinek, System, pages 77—177. Le status negativus, au sens de Jellinek, est la sphère de puissance du particulier dans laquelle l'Etat n'a pas le droit d'intervenir.

(3) A.T.F. 24. II. 179, cons. 4 ; 62. II. 100.

(4) A.T.F. 32. II. 368 ; Giacometti, Bundesstaatsrecht, page 282 ; Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 32.

(5) A.T.F. 21.163 : «La portée de cette garantie se borne au seul domaine du droit public».

(6) A.T.F. 47. I. 50 ; 48. I. 285.

(7) Sous réserve des mesures de police, cf., ci-dessous, chiffre 6.

4. La L.C.I. assure au particulier la liberté de décider, tout d'abord, s'il entend exercer une activité lucrative (8) ; et ensuite, dans l'affirmative, quelle activité il pratiquera. Le texte constitutionnel ne parle, à vrai dire, que de «commerce» et d'«industrie». Pourtant, le Tribunal Fédéral comprend, par ces mots, toute activité lucrative privée (donc aussi l'agriculture, les arts, etc.). Il veut seulement que l'activité soit indépendante (9), qu'elle tende à l'obtention d'un gain ou d'un revenu (10), qu'elle soit professionnelle (11), et qu'elle ne soit ni illicite, ni immorale (12). La manière de l'exercer est laissée au bon plaisir du particulier. C'est lui seul qui détermine où et quand il pratiquera le commerce ou l'industrie, et qui fixe l'effectif de ses ouvriers et employés, la mesure de ses investissements, la quantité et le prix de sa production, etc. (13).

5. Comme il est pratiquement impossible qu'une liberté n'ait pas de limites (14), la Constitution de 1874 avait déjà institué des restrictions à la L.C.I. De tout temps, cette liberté n'a été accordée que *dans le cadre général de l'ordre juridique*. Les règles qui ne présupposent aucune activité lucrative déterminée, et qui s'adressent à chacun, s'imposent également à ceux qui exercent une activité lucrative. Contre ces ordres et ces défenses de portée générale, il serait vain d'invoquer la L.C.I. (15).

6. «Les limites nécessaires de tout droit constitutionnel sont de nature *policrière*» (16). «Les droits constitutionnels ne peuvent s'exercer que dans les limites qu'impose l'ordre public» (17). Par conséquent, l'activité économique du particulier peut être restreinte dès qu'il s'agit de protéger l'ordre public, c'est-à-dire les intérêts juridiques de police. Lorsque la L.C.I. fut introduite, la compétence d'édicter des règles de police économique fut expressément réservée. Et le pouvoir général de police appartenait alors, en principe, aux

(8) Dans ce domaine, une contrainte est en principe exclue, mises à part les prescriptions relatives à l'assistance publique.

(9) A.T.F. 64. I. 25 ; 63. I. 229. Il est vrai qu'actuellement la doctrine conteste le bien fondé de cette limitation (cf. Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 60).

(10) A.T.F. 43. I. 256 parle d'«acquisition de biens».

(11) A.T.F. 38. I. 449 ; 43. I. 256. On a peine à expliquer pourquoi l'activité professionnelle est seule protégée (cf. Giacometti, Bundesstaatsrecht, page 283, note 14).

(12) Nef, Handels- und Gewerbefreiheit, fiche 616 I 3^o.

(13) Cf., à ce sujet, Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, pages 69 ss.

(14) Cf., ci-dessus, pages 13 et 14.

(15) Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 95.

(16) Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 86.

(17) A.T.F. 67. I. 76.

cantons. La Confédération n'avait, à l'origine, de compétence policière que dans certains domaines bien déterminés (18). Ce n'est qu'en 1947, après que ces compétences spéciales se furent notablement élargies au cours des années, qu'elle acquit, elle aussi, un pouvoir général de police (19).

Comme les limites de nature policière sont indispensables à la L.C.I., elles ne posent aucun problème particulier. Une prescription de police est tout à fait compatible avec la L.C.I., pourvu seulement qu'elle soit licite, proportionnée à son but, et qu'elle respecte le principe de l'égalité devant la loi. En outre, et bien évidemment, elle ne doit être dictée que par des motifs de police. «Aucune autre raison ne doit être mise en jeu sous couleur de motif policier» (20). C'est pourquoi, seules sont admissibles ces mesures de police économique dont le Tribunal Fédéral disait, en s'inspirant de la notion que Fleiner (21) a donnée de la «police» : «Elles ont pour but d'empêcher que l'ordre public ne soit troublé par un excès de liberté dans l'exercice des activités économiques ; de préserver la tranquillité publique, l'hygiène et les bonnes mœurs contre les dangers que leur fait courir certaine manière de pratiquer le commerce ou l'industrie ; de combattre les usages, fondés sur la tromperie, qui portent atteinte à la loyauté dans les affaires» (22).

7. Avec la compétence d'édicter des prescriptions de police économique, la Constitution réserve encore aux cantons le droit de prélever un *impôt particulier sur les entreprises commerciales et industrielles*. Sans doute, exige-t-elle que la L.C.I. soit respectée (23). Elle le sera, d'après le Tribunal Fédéral, pourvu, d'une part, que ces impôts cantonaux ne soient pas prohibitifs (24), et, d'autre part, qu'ils chargent également les ressortissants d'une même branche économique (25).

8. Les mesures de *politique économique* ont une importance particulière. Ici, l'Etat ne se contente pas de prévenir les dangers qu'im-

(18) En voir l'énumération chez Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 86.

(19) La compétence d'édicter des mesures de police économique a été donnée à la Confédération dans le même article 31 bis II Cst., qui l'habilite également à prendre des mesures d'encouragement.

(20) Giacometti, Bundesstaatsrecht, page 303.

(21) Institutionen, pages 363 ss.

(22) A.T.F. 59. I. 112.

(23) Article 31 II.

(24) A.T.F. 38. I. 424 ; 43. I. 256 ; 48. I. 274 ; 52. I. 369 ; 54. I. 81 ; 62. I. 135.

(25) A.T.F. 43. I. 258 ; 64. I. 387 ; 66. I. 11.

plique une libre activité lucrative, il intervient lui-même, afin d'atteindre certains buts économiques qui lui paraissent indiqués. «L'Etat se propose des objets de politique économique, qu'il entend réaliser par des mesures adéquates» (26). Comme les résultats du système libéral ne le satisfont point, il influence le processus économique, ou en corrige les effets.

Le besoin de prendre des mesures de politique économique se fit sentir dès l'introduction de la L.C.I., en 1874. Car, quoiqu'au siècle passé l'économie suisse dût son essor, en grande partie, au système libéral, certains inconvénients ne tardèrent pas à apparaître, qui étaient imputables, eux aussi, au même système. Ce fut surtout pendant les époques de guerre et de crise qu'une intervention de l'Etat sembla indispensable. C'est ainsi que la nécessité des temps provoqua, de la part de l'Etat, une série de mesures de politique industrielle et commerciale. Mais un fort petit nombre d'entre elles seulement avaient une véritable base constitutionnelle, — comme on l'a déjà relevé précédemment (27). La plupart se fondaient sur une interprétation osée de règles existantes, ou supposaient un état de nécessité. La législation économique de la Suisse répondait de moins en moins aux exigences de l'Etat de droit.

La revision constitutionnelle avait donc pour premier objet de donner un fondement juridique précis aux compétences de la Confédération en matière de politique économique. Objet qui fut atteint par un élargissement considérable de ces compétences. Et c'est de cette manière que la Confédération fut habilitée par les articles 31 bis II et III Cst. à prendre, sous certaines conditions, des mesures relatives à toutes les branches économiques et professions importantes (28).

Comment les mesures de politique économique se concilient-elles avec la L.C.I. ? La réponse n'est pas aussi aisée que pour les mesures de police économique (29). En effet, il faut distinguer. D'après l'article 31 bis II, la Confédération est compétente pour encourager certaines branches économiques ou professions, tout en respectant le principe de la L.C.I., ainsi qu'il est dit expressément. D'après l'alinéa

(26) Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 153.

(27) Cf., ci-dessus, pages 17 ss.

(28) Le monopole d'Etat, qui est, du point de vue de la politique économique, l'intervention la plus profonde, était, à vrai dire, prévu dans la Constitution, pour maint domaine, dès avant 1947. En faveur des cantons, ces monopoles se fondaient sur la réserve générale de l'article 31 II ; en faveur de la Confédération, sur certaines règles constitutionnelles spéciales.

(29) Cf., ci-dessus, pages 20 et 21.

III du même article, elle peut, à des conditions déterminées, prendre des mesures qui dérogent à la L.C.I. Dans les deux cas, il s'agit de mesures de politique économique (le but proposé est politique) ; mais, selon leur relation avec la L.C.I., la Constitution en distingue deux types : celles qui sont «intérieures» à la L.C.I., et celles qui lui sont «extérieures».

Les mesures de politique économique «intérieures» à la L.C.I. (article 31 bis II Cst.) forment le sujet de la présente étude. C'est à elles que sont consacrés les développements suivants.

CHAPITRE DEUX

L'occasio legis de l'alinéa sur les mesures d'encouragement

Il fut question, mainte fois déjà, de l'article 31 bis II Cst., et des mesures qu'il permet d'édicter. En voici le texte : « Tout en sauvegardant les intérêts généraux de l'économie nationale, la Confédération peut édicter des prescriptions sur l'exercice du commerce et de l'industrie et prendre des mesures en faveur de certaines branches économiques ou professions. Elle doit, sous réserve de l'alinéa 3, respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ».

Une double compétence fédérale est ainsi créée. D'une part, la Confédération est habilitée à édicter des prescriptions sur l'exercice du commerce et de l'industrie, par quoi il faut entendre des prescriptions de nature policière. D'autre part, elle a qualité pour prendre des mesures en faveur de certaines branches économiques ou professions, par quoi il faut comprendre (le mot « faveur » nous l'indique) des mesures de caractère politique. Ces deux compétences ont ceci de commun qu'elles sont limitées, l'une et l'autre, par le principe de la L.C.I.

La compétence policière ne nous occupera pas davantage (1). Dorénavant, nous nous attacherons exclusivement à la compétence politique, à savoir au pouvoir d'encouragement de la Confédération.

1. La revision de 1947 n'a pas révolutionné notre ordre économique. Les désavantages d'un régime trop libéral devaient être supprimés, ou

(1) Elle a déjà fait l'objet de plusieurs études remarquables. Cf., par exemple, Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, pages 97 ss ; Giacometti, Bundesstaatsrecht, pages 303 ss.

tempérés, par l'élargissement de la politique économique et sociale, non pas par un changement radical du système. Le célèbre Message du Conseil Fédéral, du 10 septembre 1937 (2), constatait que le nouvel aménagement de l'économie, qui était nécessaire pour éliminer les inconvénients alors existants, n'impliquait aucun abandon des conceptions économiques antérieures, mais bien, d'un côté, la restitution de l'idée origininaire de liberté, et, de l'autre, la reconnaissance de principe des prescriptions rendues nécessaires par le développement économique et social. Ainsi, l'idéal que se proposait le Conseil Fédéral, c'était un ordre qui, sans rompre avec le passé, atténuaît ou équilibrait la tension entre la liberté économique et la sécurité sociale.

Mais, s'il est vrai que les nouveaux articles économiques prolongent l'évolution antérieure, sans solution de continuité, l'examen du statut juridique d'avant 1947 devient indispensable à l'exégèse de l'ordre actuel. Même la norme sur les mesures d'encouragement, article 31 bis II, ne se comprend correctement que si l'on considère l'ordre ancien. En effet, le sens d'une règle apparaît clairement quand on sait ce qui, dans l'état pristin, devait être changé.

2. Assurément, l'année 1874 inaugura, pour l'économie, une ère de libre expansion (3). Mais, dès le commencement, des voix se firent entendre, qui préconisaient l'attribution à l'Etat fédéral de certaines compétences relatives à la politique artisanale (4). En 1892 déjà, on discutait le premier projet concret d'un article constitutionnel qui accorderait à la Confédération le droit général de légiférer en matière d'arts et métiers. Le Conseil Fédéral proposa d'introduire dans la Constitution un article 34ter, au libellé suivant: «La Confédération a le droit d'édicter des prescriptions uniformes dans le domaine des arts et métiers» («Der Bund ist befugt, über das Gewerbewesen einheitliche Vorschriften aufzustellen»)(5).

Se fondant sur cet article, la Confédération aurait réglé, en particulier, le statut des apprentis, le rapport entre l'employeur et l'employé, ainsi que l'emploi des jeunes gens dans les fabriques. Les autorités estimaient que, dans la disposition projetée, les mots «arts et métiers» («Gewerbewesen») avaient un sens très large. En tout cas, elles envisageaient des lois d'exécution qui ne se seraient pas rapportées aux seuls «arts et métiers» compris dans leur sens ordinaire. Quant à la compatibilité d'une

(2) Cf. Message I, page 837.

(3) Cf., ci-dessus, pages 16 ss.

(4) A ce sujet, cf. B.S. 1893, C.E., pages 207 ss.

(5) Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale concernant le droit de légiférer en matière d'arts et métiers, du 25 novembre 1892, F.F. 1892, V 721 ss.

telle législation avec la L.C.I., elle restait obscure. Toutefois, on entendit parler, aux Chambres, de mesures légales qui ne s'accorderaient pas avec la L.C.I. (par exemple, communautés professionnelles obligatoires, etc.) (6). C'est probablement à cette incertitude sur le rapport entre l'article proposé et la L.C.I. qu'il faut attribuer son rejet, par le peuple et les cantons, le 4 mars 1894 (7).

Après ce vote négatif, de nouvelles impulsions vinrent du Parlement et des cercles intéressés (8), tendant à l'insertion d'un article sur les arts et métiers. Le Conseil Fédéral répondit à ces vœux en 1905, en soumettant un nouveau projet d'article 34ter: «La Confédération a le droit de statuer des prescriptions uniformes dans le domaine des arts et métiers». Cette fois-ci, pour plus de clarté, le Conseil Fédéral proposait de compléter la liste des exceptions à la L.C.I., dans l'article 31 (ancien), par une lettre f. L'article 31 II devait mentionner comme nouvelle exception «la législation fédérale en matière d'arts et métiers, conformément à l'article 34ter» (9). Car, d'après le Conseil Fédéral, un bon nombre des lois d'exécution envisagées contreviendrait «nécessairement» au principe de la L.C.I. En réalité, le Conseil Fédéral estimait que l'article 34ter dérogeait, de toute façon, à l'article 31, et que la réserve de la lettre f ne devait être introduite dans l'article 31 que pour des raisons de rédaction (10).

Le Conseil des Etats n'approuvait pas cette réserve, qui était généralement considérée comme dangereuse, parce qu'elle pouvait donner l'idée que le principe de la L.C.I. était entièrement abandonné dans le domaine des arts et métiers ; alors que, bien au contraire, la Confédération devait, en réglementant les arts et métiers, se tenir «le plus possible» dans les limites de la L.C.I. (11).

En revanche, le Conseil National se rallia aux vues du Conseil Fédéral et se prononça pour l'insertion de la réserve dans l'article 31 Cst. (12). Toutefois, comme le Conseil des Etats, qui avait la priorité, maintint son opinion négative lors de la deuxième lecture, le Conseil National céda. En effet, s'il avait persisté, on peut craindre que la Confédération n'au-

(6) B.S. 1893, C.E., pages 208 ss.

(7) Cf. Räber, page 33.

(8) Cf. pour le détail, F.F. 1905, VI 27.

(9) Cf. Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale concernant le droit de légiférer en matière d'arts et métiers, du 3 novembre 1905, F.F. 1905, VI 26 ss.

(10) Cf. Räber, page 39.

(11) B.S. 1906, C.E., page 509.

(12) B.S. 1907, C.N., pages 634 ss.

rait pas obtenu du tout le droit de légiférer dans le domaine des arts et métiers. C'est pourquoi la version qui fut adoptée par les deux Chambres, le 9 avril 1908, ne contenait pas la réserve ; elle disait simplement : «La Confédération a le droit de statuer des prescriptions uniformes dans le domaine des arts et métiers» (13). Le vote populaire, du 5 juillet 1908, fut affirmatif, et l'article 34^{ter} Cst. entra en force le 7 octobre suivant.

3. L'origine confuse de cette disposition (particulièrement en ce qui concerne la réserve de la L.C.I.) et la délimitation imprécise de son champ d'application (que signifient les termes «arts et métiers», «Gewerbewesen»?) causèrent des difficultés durables aux interprètes.

a) La première difficulté touchait la *portée* de l'article 34^{ter}. L'expression «Gewerbewesen» du texte allemand autorisait une exégèse plutôt extensive, la formule française «arts et métiers» avait, au contraire, une signification nettement restrictive.

Les auteurs les plus considérables estimaient que les travaux préparatoires et la ratio legis suggéraient une interprétation large (14).

Ce fut d'ailleurs bien ainsi que l'entendit le législateur au cours des années. La loi fédérale du 31 mars 1922 sur l'emploi des jeunes gens et des femmes dans les arts et métiers (15), fondée sur l'article 34^{ter} Cst., s'applique non seulement aux arts et métiers compris dans leur sens courant, mais aussi à l'industrie et aux transports (16). L'adoption de la loi fédérale du 16 octobre 1924, restreignant la construction et l'agrandissement d'hôtels (17), indiquait bien que le vaste domaine du tourisme était également inclus dans la notion d'arts et métiers. Enfin, avec la loi fédérale du 26 juin 1930, sur la formation professionnelle (18), le commerce vint encore s'ajouter à l'artisanat, à l'industrie et aux transports (19). Ainsi, la notion d'arts et métiers de l'article 34^{ter} Cst. a fini par englober toutes les branches importantes de l'économie, à l'exception des professions libérales et des entreprises de production des matières premières, autrement dit «toute activité lucrative privée, en tant qu'elle n'est contraire ni aux lois, ni aux mœurs, et qu'elle n'appartient pas à la catégorie

(13) F.F. 1908, II 775 : Arrêté Fédéral du 9 avril 1908 complétant la Cst. fédérale en ce qui concerne le droit de légiférer en matière d'arts et métiers.

(14) Burckhardt, Commentaire, page 293 ; Germann, page 423.

(15) R.S. VIII, page 207.

(16) Article premier de la loi.

(17) R.O.L.F. 41, page 50.

(18) R.S. IV, page 37.

(19) Article premier de la loi.

des professions libérales ou des entreprises de production des matières premières» (20).

b) La seconde question, beaucoup plus controversée, touchait le *rapport avec la L.C.I.* La Confédération devait-elle respecter le principe de la L.C.I., lorsqu'elle usait du droit de légiférer que lui attribue l'article 34ter? Oui, peut-être, si l'on pensait qu'une réserve expresse à l'article 31 avait, en son temps, été écartée. Non, si l'on admettait, ainsi qu'il avait été soutenu, que la réglementation des arts et métiers, telle qu'elle avait été envisagée, devait «nécessairement» outrepasser les bornes de la L.C.I., et qu'une réserve, à cet égard, n'aurait eu qu'une portée rédactionnelle (21).

La doctrine était partagée. Fleiner et M. Giacometti (22) déclaraient que la compétence fédérale donnée par l'article 34ter était enserrée par le principe de la L.C.I. Burckhardt (23), en revanche, aboutissait à la solution contraire, par une interprétation historique : «Tout bien considéré, disait-il, la seconde opinion, qui donne à l'article 34ter le pas sur l'article 31, semble devoir être préférée».

Le législateur n'a jamais été très au clair sur le rapport de ces deux articles constitutionnels. Le problème fut discuté en détail à l'occasion de la loi fédérale sur les constructions hôtelières (24), qui, en introduisant la clause de besoin, violait indiscutablement la L.C.I. Voici comment le Conseil Fédéral exposait alors son point de vue, dans son Message du 24 mars 1924 (25) :

«Nous sommes d'avis que la règle de l'article 34ter est venue restreindre la portée de celle, plus générale, qui figure à l'article 31, en ce sens que dans sa compétence législative, la Confédération ne serait pas absolument liée au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. D'ailleurs, nous ne saurions en déduire que cette limite ait perdu toute importance pour le législateur fédéral. Celui-ci ne touchera au principe de la liberté du commerce et de l'industrie que dans la mesure où la solution de sa tâche l'y contraindra absolument».

Le Conseil des Etats (26) et le Conseil National (27) se rallièrent à cette

(20) Définition de M. Räber, page 105 ; cf. aussi le Commentaire de Burckhardt, page 294.

(21) Cf., ci-dessus, page 26, et la note 10.

(22) Cf. Message I, page 862.

(23) Commentaire, page 295.

(24) Cf., ci-dessus, note 17.

(25) F.F. 1924, I 557.

(26) B.S. 1924, C.E., pages 203 ss.

opinion. Mais l'opposition, qui entendait subordonner l'article 34ter au principe de la L.C.I., demeurerait considérable (28).

Quand, plus tard, fut élaborée une autre loi qui s'appuyait, elle aussi, sur l'article 34ter, tout en violant également la L.C.I., à savoir l'arrêté fédéral sur l'interdiction des filiales (29), le Conseil Fédéral parut être moins persuadé de la primauté de l'article 34ter sur l'article 31, disant, dans son Message (30) :

«Certains juristes estiment, il est vrai, que pour édicter des prescriptions uniformes quant aux arts et métiers, y compris le commerce, sur la base de l'article 34ter de la Constitution, il n'est pas besoin de tenir compte de la liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'article 31. Nous hésitons, quant à nous, à admettre cette interprétation extensive, qui ne répond d'ailleurs pas à la manière de voir de nombreux milieux. ... Nous estimons en revanche qu'il est indiqué de prendre en considération les voix qui tendent à empêcher l'extension des grandes entreprises au cours des prochaines années, et d'en faire l'objet d'un arrêté urgent».

4. Le rapport entre l'article 34ter et l'article 31 demeura un point discuté. Il n'y a guère eu de loi, édictée en vertu de l'article 34ter, qu'on n'ait accusée de violer la L.C.I. et d'être inconstitutionnelle. L'article 34ter étant ainsi dépassé par les circonstances, on chercha à se tirer d'embarras. Une revision parut indispensable. On peut même soutenir que l'insuffisance de l'article 34ter a été, pour une bonne part, à l'origine de la revision de 1947. Mais comment fallait-il modifier la Constitution?

A lire le premier Message (31), on s'aperçoit que le Conseil Fédéral préconisait la solution suivante. Le principe de la L.C.I. doit rester la base de notre ordre économique. En règle générale, une mesure étatique ne sera admissible qu'autant qu'elle respecte la L.C.I. La Constitution énumérera, de manière exhaustive, les cas où la Confédération a le droit de prendre des mesures contraires à la L.C.I. Ainsi, on tient compte tout à la fois du fait que les intérêts publics réclament, dans certaines circonstances, une limitation de la L.C.I., et du danger qu'il y aurait, néanmoins, à abandonner aux autorités exécutives le soin de définir ces circonstances.

(27) B.S. 1924, C.N., pages 545 ss.

(28) B.S. 1924, C.N., page 555.

(29) Arrêté Fédéral du 14 octobre 1933 / 27 septembre 1935 interdisant l'ouverture et l'agrandissement de grands magasins, de maisons d'assortiments, de magasins à prix unique et de maisons à succursales multiples (R.O.L.F. 49, page 845 ; 51, page 670).

(30) F.F. 1933, II 165.

(31) Pages 845 et 883.

Dans l'ensemble, cette conception nouvelle s'est imposée. Elle a pris corps dans l'article 31 bis Cst. Les défauts de l'ancien article 34^{ter} ont reçu les correctifs que voici. D'une part les termes trop étroits d'«arts et métiers» («Gewerbewesen») ont été remplacés par les mots plus larges de «branches économiques» («Wirtschaftszweige»). D'autre part, la question concernant le rapport avec la L.C.I. a trouvé sa solution dans la disposition qui prévoit que les prescriptions et mesures de la Confédération sont soumises au principe de la L.C.I. (article 31 bis II), aussi longtemps qu'elles n'en sont pas affranchies par une disposition expresse de la Constitution (article 31 bis III).

CHAPITRE TROIS

Nature du pouvoir d'encouragement et des mesures qu'il permet de prendre

§ 1. Nature du pouvoir d'encouragement.

1. En vertu de l'article 31 bis Cst., la Confédération peut prendre des mesures en faveur de certaines branches économiques ou professions. L'emploi du verbe «pouvoir» montre que cette disposition donne une *faculté* à la Confédération, sans lui imposer aucune obligation.

2. Avant tout, observons que les particuliers n'ont aucun droit subjectif à bénéficier d'une mesure de faveur. L'article 31 bis II ne crée aucun droit individuel, dont le citoyen pourrait se prévaloir dès qu'il estimerait qu'il a besoin d'un appui.

Cette interprétation, fondée sur le texte même (le verbe «pouvoir»), est corroborée par les *Travaux préparatoires*. En effet, on a dit expressément, au Conseil National, que l'article 31 bis conférerait une «faculté législative» («gesetzgeberische Möglichkeit») (1), qu'il fixait un «programme économique» («wirtschaftspolitische Zielsetzung») (2), mais on n'a jamais soutenu qu'il sanctionnât un droit individuel semblable à la L.C.I.

Des considérations tirées du *système* de la Constitution suggèrent une même conclusion. L'assistance étatique, prévue à l'article 31 bis II, est soumise à des limites importantes : le respect de la L.C.I. et la sauvegarde des intérêts généraux de l'économie nationale. Donc, si cette disposition

(1) B.S. 1938, C.N., page 290.

(2) B.S. 1945, C.N., page 513.

instituait un droit individuel, la Confédération ne serait pas toujours en état de le satisfaire. Mais le constituant n'entendait certainement pas accorder aux particuliers une prétention dont il empêchait simultanément l'exécution.

Enfin, c'est également à ce résultat négatif qu'aboutit l'interprétation dite *logique*. La constitution d'un Etat de droit ne connaît pas de droits à une prestation positive de l'Etat. De pareils droits (dits droits sociaux) sont incompatibles, par principe, avec les libertés fondamentales du droit naturel (3). L'objet d'un droit social est un comportement positif de l'Etat, les libertés, elles, ne visent qu'à une attitude négative. C'est pourquoi une même constitution ne peut garantir à la fois la L.C.I. et un droit à l'assistance économique. Si l'Etat voulait assurer aux particuliers un revenu suffisant, force lui serait de porter atteinte à la L.C.I.

On ne saurait infirmer cette conclusion en disant que l'interventionnisme et la L.C.I. peuvent fort bien coexister en fait, et que, par conséquent, l'incompatibilité ici dénoncée est tout au plus de nature théorique. Il va de soi que, si l'on entend par interventionnisme un ensemble de mesures que l'Etat prend indépendamment de la volonté des particuliers, par la voie normative, il est parfaitement conciliable avec la L.C.I. Il ne le serait pas, en revanche, si l'on y voulait voir un ensemble d'actes étatiques auxquels les particuliers ont un droit individuel. Car, de deux choses l'une : ou bien le citoyen peut exiger de l'Etat qu'il s'abstienne, ou bien il peut réclamer de lui qu'il intervienne. Mais ces droits ne se peuvent cumuler.

3. Si donc le citoyen n'a aucun droit subjectif à être encouragé, on peut se demander si l'article 31 bis II n'oblige pas, néanmoins, objectivement, la Confédération à user de son pouvoir d'encouragement. Mais, ici encore, il faut répondre non. La Constitution dit que la Confédération «peut» encourager certaines branches économiques ou professions, non point du tout qu'elle y est obligée. Ce qui signifie que le législateur est libre d'édicter des lois d'encouragement ou de n'en pas édicter. Si le constituant avait voulu imposer un devoir à la Confédération, il l'aurait fait en adressant au législateur un mandat impératif. Une comparaison entre l'article 31 bis II et l'article 31 quinquies montre que les auteurs de la Constitution savaient parfaitement distinguer la faculté de l'obligation. L'article 31 quinquies dit, en effet : la Confédération «prend» des mesures..., et non pas : la Confédération «peut prendre» des mesures. En même temps qu'elle lui donne une compétence, cette disposition oblige

(3) Cf., à ce sujet, Huber, *Soziale Verfassungsrechte*, par exemple page 156.

la Confédération à en user (4). Si, à mainte reprise, le Conseil Fédéral et les Chambres ont souligné la formule impérative de cet article 31 quinquies (5), c'était parce qu'elle sortait de l'ordinaire.

Il est vrai que, pratiquement, la distinction entre le pouvoir et le devoir n'a pas une grande importance, dans le cas des mesures d'encouragement. Même un législateur qui est libre, en droit, de ne pas favoriser une branche économique, peut, en fait, y être contraint. Car, s'il se refusait à user d'une compétence expresse, au détriment des intérêts généraux, il violerait *l'esprit de la Constitution*. Bien plus ; si, une fois, la Confédération a pris une mesure d'encouragement, dans les mêmes circonstances, elle ne pourra, la seconde fois, s'y soustraire. A défaut d'une obligation formelle, elle est liée par la *force du précédent*, ou le principe de l'égalité devant la loi. Autrement dit : l'esprit de la Constitution, en général, et le principe de l'égalité, en particulier, restreignent considérablement le pouvoir d'appréciation du législateur. Mandat facultatif et mandat impératif en viennent à se confondre. Du reste, et dans les deux cas, c'est l'Assemblée Fédérale qui, seule, décide si elle édictera une loi, et, le cas échéant, quel contenu elle lui donnera.

§ 2. Nature des mesures d'encouragement.

A. Que signifie «encouragement» ?

1. Dès les premiers travaux consacrés à la revision des articles économiques, on a parlé de «mesures en faveur» («Massnahmen zur Förderung») ou d'«encourager» («fördern»). Par exemple, le projet préparé par le Département fédéral de l'économie publique, à la suite des conférences d'experts de Vevey et de Lucerne (1933—1934) (1), contenait un nouvel article 34 I ainsi libellé: «La Confédération 'encourage' l'agriculture, l'industrie..., etc.» (en allemand «fördert»).

(4) Nef, Handels- und Gewerbefreiheit, fiche 622 I.

(5) Message II, page 897 : «Le texte de 1939 ne faisait qu'attribuer à la Confédération le droit d'édicter des dispositions sur les moyens de procurer de l'ouvrage. Le nouveau Projet contient à cet égard une disposition de forme impérative, qui répond sans doute mieux à la tâche que la Confédération est appelée à accomplir dans ce domaine».

F.F. 1946, II 780 (Rapport du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale sur la demande d'initiative concernant le «droit au travail», du 24 juin 1946) : «A la simple autorisation de combattre le chômage, en période de perturbations économiques, s'est substitué un mandat impératif enjoignant à la Confédération de prendre des mesures préventives contre des crises éventuelles. La Confédération va ainsi à la limite de ce qu'on peut raisonnablement lui demander».

(1) Cf., ci-dessus, page 18, note 7.

Dans la suite, le sens de ce texte s'est maintenu jusqu'à la version définitive du 6 juillet 1947. Au cours des débats, qui furent longs, son expression seule subit des changements. C'est ainsi que le Conseil Fédéral proposait, dans son premier Message, «mesures pour encourager» («Massnahmen zur Förderung»); que le Conseil National, s'il usait des mêmes mots allemands, les rendait en français par les termes «mesures en vue de promouvoir»; que le Conseil des Etats disait «dispositions en faveur» («Bestimmungen zur Förderung»); et que ce fut seulement dans l'Arrêté Fédéral du 21 septembre 1939 qu'on se détermina pour l'expression «mesures en faveur» («Massnahmen zur Förderung»), qui fut définitive. Lors de la seconde phase des débats (1945—1946), on remplaça ces mots par la version raccourcie «encourager» («fördern»), mais cette modification ne fut que passagère. Finalement, on reprit les termes de l'Arrêté Fédéral du 21 septembre 1939.

Ce qui nous importe, ici, c'est que la notion de l'encouragement a toujours été entendue de la même façon, en dépit de ses avatars rédactionnels. Preuve en soit que le verbe «promouvoir», momentanément employé dans le texte français, a été rejeté parce que, disait-on (2), il n'exprimait pas l'intention du constituant aussi heureusement que le verbe «encourager» ou la tournure «mesures en faveur» (2a).

2. «Encouragement», «Protection», «Sauvegarde». C'est en la comparant avec les termes «protection» («Schutz») et «sauvegarde» («Erhaltung») que l'on entend le mieux ce que signifie l'expression «encouragement» («Förderung») (3). Les mesures prévues aux alinéas II et III de l'article 31 bis Cst. se divisent, en effet, principalement en mesures d'encouragement (article 31 bis II et III, a), de protection (article 31 bis III, c) et de sauvegarde (article 31 bis III, a et b).

Encouragement veut dire élévation du niveau économique. «La notion de l'encouragement comprend tout ce que l'Etat peut faire, en vue de développer une branche de l'économie et d'élever son niveau»

(2) B.S. 1939, C.N., page 93 (Rais).

(2a) En effet, le sens de la langue nous avertit que «promouvoir» et «encourager», qui, tous deux, se traduisent par «fördern» en allemand, indiquent deux nuances distinctes. Quant l'Etat est «promoteur», l'aide qu'il dispense paraît plus ou moins obligatoire. En tout cas, la volonté du bénéficiaire est reléguée à l'arrière plan. Mais quand l'Etat «encourage», on pense plutôt à un simple coup de main, qui ne porte pas atteinte au libre arbitre. Si donc la politique de faveur prévue à l'article 31 bis II devait rester dans les bornes de la L.C.I., et, par conséquent, n'impliquer aucune contrainte, le constituant a été bien inspiré de substituer au mot «promouvoir» l'expression plus terne de «mesures en faveur».

(3) Cf., à ce sujet, von Castelberg, pages 179 ss.

(4). C'est un concept très large. Le constituant n'a pu donner à la Confédération une compétence aussi multiple que parce qu'il a restreint, du même coup, le choix de ses moyens, en lui imposant le respect de la L.C.I. En d'autres termes : les interventions économiques sont innombrables, qui servent à «élever le niveau» ; et si toutes ne sont pas licites, il n'y faut pas voir de limitation du concept d'encouragement, mais bien une conséquence de la L.C.I.

La notion de *protection* est plus étroite. En se faisant attribuer la compétence de «protéger des régions dont l'économie est menacée» (article 31 bis III, c), la Confédération a reçu moins de droits qu'elle n'en aurait eus si sa compétence avait tendu à «encourager» lesdites régions. Protection signifie défense, lutte contre les dangers. La Confédération ne protégera que si l'objet à protéger est véritablement en péril. La compétence de protection n'implique pas celle d'élever le niveau, à moins que le danger ne puisse être écarté qu'au moyen d'une telle élévation.

Quand, enfin, l'objet de la compétence fédérale n'est que *sauvegarde*, le choix des mesures possibles se rétrécit encore davantage. Sauvegarder, c'est empêcher que l'état actuel n'aille en empirant. Ne sont autorisées que les interventions qui ont pour but de prévenir une aggravation de la situation. Tandis qu'une mesure de protection pouvait, en certaines circonstances, consister en une élévation du niveau, ce ne sera jamais le cas d'une mesure de sauvegarde. Un encouragement n'est pas nécessaire pour maintenir le statu quo. On peut donc aller jusqu'à soutenir que l'encouragement et la sauvegarde sont des termes contraires. Celui-ci marque la réaction, celui-là le progrès.

3. Cette exégèse tirée des mots eux-mêmes s'appuie sur le *rapport des alinéas II et III de l'article 31 bis Cst.* L'alinéa III, réservé par l'alinéa II, fait évidemment figure de disposition spéciale. Les mesures de politique économique doivent, autant qu'il est possible, respecter la L.C.I. La Constitution le dit expressément, il ne sera dérogé au principe que «s'il le faut». «Ce n'est que si l'intérêt général ne peut être réalisé dans le cadre de la L.C.I. qu'il sera permis de la violer»

(5).

(4) B.S. 1938, C.N., page 351.

(5) Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 167. Dans le même sens, les Travaux préparatoires : B.S. 1938, C.N., pages 335 et 351 ; C.E., page 37 ; 1945, C.N., page 439.

En revanche, M. Huber refuse à l'alinéa III le caractère de loi spéciale, par rapport à l'alinéa II (Interventionismus, page 191). L'alinéa III, selon lui, concernerait d'autres prescriptions que l'alinéa II ; et celui-ci ne viserait, «outre de pures mesures d'encouragement, telles que les subventions, que des mesures de police».

En raison du caractère dérogatoire de l'article 31 bis III, le constituant a prévu tout un ensemble de conditions qui doivent être réalisées avant que la Confédération puisse user de sa compétence. Les dérogations à la L.C.I. sont ainsi subordonnées aux restrictions les plus diverses. Même les expressions «sauvegarder» et «pour protéger» impliquent une limitation. Elles sont plus étroites, on l'a vu, que les mots «en faveur de». Cela est vrai de la «protection», davantage encore de la «sauvegarde», au point qu'on a préféré le second terme au premier, à l'article 31 bis III, a, désireux qu'on était de limiter à l'extrême les atteintes à la liberté (6). A cet égard, on remarquera que la rédaction de ce troisième alinéa évite, par principe, le concept plus large de l'«encouragement». Il n'apparaît que dans le texte allemand (7). Et encore ne se rapporte-t-il qu'au domaine très restreint de la capacité professionnelle.

4. *L'«encouragement» de l'article 31 bis II Cst. et l'«encouragement» des coopératives.* Au cours des débats sur les nouveaux articles économiques, il fut question, à mainte reprise, d'«encourager» les coopératives. Si les coopératistes insistaient sur ce point, c'est parce que selon eux, jusqu'alors, la politique artisanale était une politique de classe moyenne et avait défavorisé les coopératives et les organisations semblables (8). Lors des deuxième délibérations, en 1945, le Conseil National vota la disposition suivante: «La Confédération favorise les organisations économiques fondées sur le principe de l'entraide» (article 31 bis IV). Le Conseiller fédéral Stampfli (9) estimait, à ce sujet, qu'il n'y avait pas lieu de consacrer un alinéa particulier à l'encouragement des coopératives, puisque le même but pouvait déjà être atteint par l'alinéa I (aujourd'hui l'alinéa II). Si l'on tenait à mentionner spécialement les coopératives, il fallait au moins le faire en liaison avec l'alinéa I (actuel II). Et, de fait, le Conseil des Etats n'a pas voulu d'un paragraphe particulier pour les coopératives, estimant qu'il suffisait de les viser à l'alinéa I (actuel II). Il ajouta aux mots «en faveur des certaines branches économiques ou professions» les termes «ainsi que des organisations économiques fondées sur l'aide mutuelle».

Cependant, la solution n'était pas satisfaisante. On avait assimilé l'encouragement des coopératives à l'encouragement des branches

(6) B.S. 1938, C.N., page 366.

(7) «Förderung der beruflichen Leistungsfähigkeit». Le texte français dit : «... pour développer la capacité professionnelle».

(8) B.S. 1945, C.N., page 533 ; 1946, C.N., page 57.

(9) B.S. 1945, C.N., page 547.

économiques, sans s'apercevoir que le mot «encouragement» était pris dans deux acceptions tout à fait différentes. En parlant de l'encouragement de branches économiques ou professions, on entendait une élévation de leur niveau. Ce que voulaient les coopératistes, et leurs porte-paroles à l'Assemblée, était bien autre chose. Ils demandaient simplement qu'on n'entravât point le développement des coopératives, mais qu'au contraire on en garantît la liberté (10). Lors de la procédure d'élimination des divergences, le passage sur l'encouragement des coopératives fut de nouveau biffé de l'article 31 bis I (actuel II), et reconstitué en un paragraphe spécial, où l'on ne promît plus aux coopératives un encouragement, mais bien la garantie de leur développement — eu égard à la législation issue de l'article 31 bis III, a et b (11).

C'est ainsi que l'alinéa sur les coopératives prit enfin une signification conforme à la volonté des Chambres. Comparée à l'ancienne version, la nouvelle donnait aux coopératives à la fois plus et moins.

Plus, assurément, si l'on songe que la certitude de se développer sans l'intervention de l'Etat vaut mieux que la perspective d'en recevoir un éventuel encouragement. Car l'assurance d'être protégées (12) contre les clauses de besoin, ou les interdictions de succursales issues de l'article 31 bis III, a et b, est plus utile aux coopératives que l'espoir de bénéficier d'un encouragement aléatoire.

Moins, en revanche, si l'on pense qu'avec le nouveau texte, les coopératives ne doivent plus, désormais, compter sur l'élévation de leur niveau, telle qu'elle résulterait, par exemple, de subventions (13).

B. Que signifie «mesure»?

1. Que faut-il entendre par les mesures dont la Constitution parle à l'article 31 bis II ? Notons, d'emblée, que cet alinéa mentionne, à côté des mesures, les prescriptions (à côté des «Massnahmen», les «Vorschriften»). L'article 32, qui règle la forme des lois d'exécution fondées sur les articles économiques, emploie le terme générique de

(10) B.S. 1945, C.N., page 536 ; C.E., pages 241—242 ; 1946, C.N., pages 56—57, 59 ; C.E., page 45. Cf., encore, Giacometti, Bundesstaatsrecht, page 288 ; Schürmann, Rechtliche Tragweite, pages 64 ss.

(11) Article 31 bis V Cst.

(12) Protection relative : l'article 31 bis V ne prétend naturellement pas interdire de façon absolue toute atteinte au libre développement des coopératives (Cf. Giacometti, Bundesstaatsrecht, page 288).

(13) B.S. 1946, C.N., page 59.

dispositions («Bestimmungen»). Quel rapport y a-t-il donc, pour commencer, entre les mesures, les prescriptions et les dispositions ?

Les Travaux préparatoires ne nous renseignent guère. On a dit au Conseil National (1) que la mesure était un acte des organes administratifs, tandis que la prescription et la disposition étaient des actes du législateur. Une autre fois (2), la mesure fut définie comme un acte administratif du législateur. Mais un rapide examen de la jurisprudence des autorités fédérales montre qu'on n'a jamais distingué logiquement les mesures des prescriptions et des dispositions (3).

De tout temps, le mot «mesure» a eu les sens les plus variés. On ne le réservait jamais de manière exclusive aux actes administratifs (du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif). Bien au contraire, dans le droit de crise des années «trente», l'expression servait très souvent à désigner un acte législatif.

Même dans le seul cadre des nouveaux articles économiques, le terme «mesure» n'a pas une signification unique. Il a l'acception la plus large dans la disposition un peu vague de l'article 31 bis I. Quand il est dit que, «dans les limites de ses attributions constitutionnelles, la Confédération prend des mesures propres à augmenter le bien-être général... des citoyens», il faut évidemment entendre par «mesures» non seulement des décisions administratives, mais bien, en général, tout acte de l'Etat. De même, à l'article 31 bis III, e, ainsi qu'à l'article 31 quinquies, les «mesures» comprennent, outre des actes administratifs, encore et surtout des actes législatifs. Car les «mesures de précaution en vue de temps de guerre» (article 31 bis III, e), comme les «mesures tendant à prévenir des crises économiques» (article 31 quinquies), n'atteignent vraiment leur but que si elles revêtent, non la forme de l'acte administratif, mais celle de l'acte législatif (4).

On en peut dire autant des mesures d'encouragement. Certes, les actes administratifs — au sens formel et matériel — ont ici une importance qui n'est pas négligeable (il suffit de penser à la mise au concours de travaux et de fournitures), mais l'alinéa sur les mesures d'encouragement ne prend tout son sens que s'il constitue également une base pour des actes législatifs. Le mot «mesure» doit donc être pris dans une acception très large. C'est ce qu'indiquent, sinon les

(1) B.S. 1938, C.N., page 352.

(2) B.S. 1939, C.N., page 93.

(3) Ce qui, du reste, fut reconnu même au Conseil National (B.S. 1939, C.N., page 93).

(4) Sur l'article 31 quinquies, cf. De Capitani, pages 48—49.

discussions parlementaires sur cette notion même, du moins celles qui ont développé le concept d'encouragement. En effet, le rapporteur au Conseil National disait, à ce sujet, en 1938 (5) : «La notion de l'encouragement comprend tout ce que l'Etat peut faire, sans violer la L.C.I., en vue de développer une branche de l'économie et d'élever son niveau. Elle englobe des *mesures législatives*, des attributions pécuniaires, des subventions et de simples *mesures administratives*...». Lors des délibérations de 1945, le nouveau rapporteur confirma ce point de vue (6).

2. Il est dès lors constant que les mesures de l'article 31 bis II Cst. peuvent être législatives aussi bien qu'administratives. Comme actes du législateur, les mesures remplissent donc une fonction semblable à celle des prescriptions mentionnées au même alinéa. On peut même penser, à première vue, qu'elles ne se distinguent que par leur objet, qui serait de politique, dans un cas, de police, dans l'autre (7). Mais cette supposition se heurte au fait qu'à l'alinéa III le texte allemand parle aussi de «Vorschriften», bien qu'il soit question, en cet endroit, de politique et non de police (7a). Par conséquent, la différence doit être cherchée ailleurs. Le Message I (8), en commentant l'article 32 I (actuel 31 bis II), explique bien de quoi il s'agit : «L'innovation créée par l'article 32 I consiste en ceci que ladite disposition prévoit pour la Confédération à la fois la faculté de légiférer sur ces activités et le droit de les encourager...» Le Message voulait dire, par là, que l'article 32 I du Projet n'attribuait pas seulement à la Confédération la compétence de légiférer («édicter des prescriptions»), mais encore celle d'intervenir avec ses propres moyens («prendre des mesures»). Par la suite, le Conseiller fédéral Obrecht (9) s'exprima ainsi devant le Conseil National : «Disposition et prescription sont identiques. C'est ce qu'on veut imposer aux autres. Mesure, en revanche, c'est ce que la Confédération entend faire elle-même, à son propre compte». Enfin, M. De Capitani (10) marquait la différence de la façon suivante : «Edicter des prescriptions, au sens de l'article 31 bis II, est une simple activité normative, qui consiste à régler le comportement des particuliers. Elle est caractéristique du droit de police

(5) B.S. 1938, C.N., page 351.

(6) B.S. 1945, C.N., page 519.

(7) Cf., ci-dessus, page 24.

(7a) Cf., par exemple, Marti, *Handels- und Gewerbefreiheit*, pages 87—88.

(8) Page 882.

(9) B.S. 1938, C.N., page 331.

(10) Page 48.

industrielle. Au contraire, quand la Confédération édicte des dispositions légales, sur la base desquelles l'administration déploiera une activité d'encouragement, en y mettant de ses propres deniers, alors on dit qu'elle prend des mesures».

En résumé : Les mesures d'encouragement de l'article 31 bis II sont les actes de l'Etat qui sont destinés à élever le niveau d'une branche économique ou d'une profession.

CHAPITRE QUATRE

La portée de l'article sur les mesures d'encouragement

D'après l'article 31 bis II Cst., la Confédération peut prendre des mesures en faveur de certaines branches économiques ou professions. Le sens de ces deux termes — branches économiques et professions — délimite la portée de notre alinéa.

Branche économique et profession ont un contenu semblable. Toutes deux indiquent une articulation de l'économie selon le critère du produit de l'activité. Comme on les cite ensemble, le plus souvent, il n'y a généralement pas lieu de les distinguer. Néanmoins, il existe bel et bien entre elles une différence, qui n'est pas insignifiante. L'articulation de l'économie est poussée plus ou moins loin, selon qu'on parle de profession ou de branche économique ; plus loin dans le premier cas, moins loin dans le second. L'origine historique de l'article 31 bis II montre qu'il faut entendre, par profession, un ensemble bien délimité d'activités lucratives, ressortissant avant tout à l'artisanat et au commerce de détail ; tandis que les branches économiques désignent des domaines plus considérables de l'économie nationale. Cette différence caractérise bien la tendance des articles révisés, car elle correspond à la politique de la classe moyenne, qui était prépondérante lors de la révision (1). L'industrie, le commerce de gros, les transports, et autres

(1) Message I, page 843 : «De même, la petite entreprise artisanale ne peut être placée à cet égard sur le même pied que la grande entreprise». Cette politique de la classe moyenne transparaît encore dans les passages suivants : Message I, pages 924 ss ; B.S. 1938, C.N., page 312 (Duttweiler) ; C.E., page 478 (Schöpfer), 487 (Iten) ; 1945, C.N., pages 448 ss (Gysler) ; C.E., pages 249 et 255 (Stampfli), etc.

grands secteurs d'économie, qui étaient traités comme «branches», semblaient, dans l'esprit du constituant, avoir moins besoin de la protection et de l'encouragement de l'Etat que les différentes disciplines de l'artisanat, auxquelles, sous le nom de «profession», un statut spécial était réservé. Ce statut est spécial en ce sens que les conditions de l'intervention étatique sont plus aisément réalisées dans telle profession particulière que dans toute une branche de l'économie. En effet, si, comme nous le verrons plus tard encore (2), les mesures d'encouragement ne sont dispensées qu'à ceux à qui elles sont nécessaires, le bénéficiaire sera d'autant plus favorisé qu'il occupera un domaine plus limité dans l'ordre économique. A l'inverse, l'encouragement des grandes branches économiques sera rendu plus malaisé, dans la mesure où le besoin d'intervention devant être plus largement répandu, les conditions justifiant sa nécessité seront plus difficiles à réunir.

§ 1. Les branches économiques.

1. L'article 31 bis Cst. remplace, ainsi qu'on l'a dit, l'ancien article 34ter, qui habilitait la Confédération à légiférer dans le domaine des arts et métiers. L'expression «arts et métiers» fut bien vite comprise dans un sens très large, et, on s'en souvient, étendue, au cours des années, à l'industrie et au commerce (1). Lors donc qu'en 1934, le Département fédéral de l'économie publique proposait le nouvel article 34 que voici : «La Confédération encourage l'agriculture, l'industrie, l'artisanat et le commerce...» («Der Bund ist befugt, Landwirtschaft, Industrie, Gewerbe und Handel zu fördern...») (2), il ne faisait, en quelque sorte, qu'entériner la jurisprudence qui s'était développée sur l'article 34ter ancien; en d'autres termes, il adaptait la Constitution à l'état actuel du droit. De même, dans le Projet de la *quatrième sous-commission* d'experts de 1937 (3), l'agriculture, l'industrie, l'artisanat et le commerce furent nommément désignés comme bénéficiaires des mesures étatiques d'encouragement. L'article 32 I, qui équivalait, en substance, à l'article 31 bis II du texte définitif, était ainsi libellé : «En tant que la liberté du commerce et de l'industrie est sauvegardée et que l'intérêt d'une saine économie nationale le commande de façon régulière, la Confédération peut établir des dispositions uniformes et prendre des mesures pour encourager l'agriculture, l'industrie, l'artisanat et le commerce, ainsi que

(2) Cf., ci-dessous, page 95.

(1) Cf., ci-dessus, page 27.

(2) Alinéa I du Projet (Cf. Message I, page 874).

(3) Cf., ci-dessus, page 18, note 7.

pour protéger le travail» (4). La *Commission plénière* se rallia, dans l'ensemble, au Projet de la sous-commission, mais ajouta encore les transports au nombre des branches économiques (5). C'est cette version élargie de la commission d'experts qui servit de modèle au Projet du Conseil Fédéral présenté en 1937. Toutefois, le Conseil Fédéral, lui aussi, fit un pas de plus, en remplaçant — à vrai dire sans s'expliquer dans son Message — «transports» par «tourisme», qui est une notion un peu plus large (6). Les choses en étaient là, quand les délibérations cessèrent d'être administratives pour entrer dans la phase législative.

Le *Conseil National* avait la priorité. Il supprima l'énumération des branches, qui, trop longue, n'en était pas moins incomplète, et lui substitua une clause générale plus élégante. Au lieu de mentionner expressément l'agriculture, l'artisanat, le commerce, l'industrie et le tourisme, on ne parlait plus, maintenant, que de «certaines branches économiques» (7). Notre article devait, par ailleurs, subir encore mainte modification, mais cette formule subsista, et elle figura, finalement, dans le texte du 6 juillet 1947.

2. Cette histoire nous apprend ce qu'il faut entendre par branches économiques. Ce sont, on l'a dit au Conseil National (8), des «secteurs de l'économie nationale», et, bien entendu, en tout premier lieu, ceux-là même qui étaient nommés dans les Avant-Projets, l'agriculture, l'industrie, l'artisanat, le commerce et le tourisme. Les groupes que l'on peut rattacher à l'un de ces secteurs sont, eux aussi, des branches économiques, quand ils présentent une certaine importance pour l'économie du pays et qu'ils jouissent d'une notable extension (8a) (par exemple, dans l'industrie, l'industrie des machines) (9). Mais d'autres groupes encore sont compris dans la notion de branche économique. Car, si la clause générale a été préférée à la clause énumérative, c'est bien parce que le constituant ne voulait pas limiter le pouvoir d'encouragement de la Confédération à un ensemble de branches défini. Du reste, le fait que cette clause fut, en son temps, adoptée sans opposition, permet de présumer que déjà l'énumération des Avant-Projets était exemplaire plutôt qu'exhaustive.

(4) Message I, page 948.

(5) Message I, page 951.

(6) Message I, page 881.

(7) Article 31 bis I de la première version du Conseil National.

(8) B.S. 1938, C.N., page 351.

(8a) Cf. l'exposé des pages 41 et 42, où il faut comprendre, par branches de l'économie, des secteurs relativement considérables de l'économie nationale.

(9) C'est ce qui ressort de l'exposé du rapporteur au Conseil National (B.S. 1938, C.N., page 351).

3. La clause générale était surtout avantageuse du point de vue de la tactique du scrutin. Aucune branche économique ne pouvait se sentir pré-téritée (10). Mais, au surplus, elle a une qualité qui dépasse ces considérations d'opportunité : la clarté. La question délicate qui se pose pour toute énumération : est-elle exemplaire ou exhaustive ? est désormais éludée. Et même si l'on avait conservé l'énumération que proposait le Conseil Fédéral, en estimant qu'elle épuisait la matière, on n'aurait pas mis un terme aux difficultés. Il aurait encore fallu savoir quelle extension il convenait de donner aux termes employés, décider, par exemple, si l'économie forestière ressortissait bien à l'agriculture, etc. Tandis qu'aujourd'hui, grâce à la clause générale, on sait bien que l'économie forestière — pour en rester à cet exemple — est une branche économique, et qu'en cette qualité elle entre dans les limites du pouvoir d'encouragement fédéral, sans qu'importe le moins du monde son rapport avec l'agriculture.

4. A la vérité, la clause générale n'empêchera pas, naturellement, qu'en certains cas pratiques on ne sache pas très bien si tel groupe social est une des branches économiques de l'article 31 bis II. On ne peut définir exactement la branche économique. Il n'existe aucun critère sûr qui permette de la reconnaître aussitôt. Force est bien, dès lors, de rechercher en chaque hypothèse la volonté du constituant (11).

Voici un exemple. En 1938, alors qu'on délibérait sur les nouveaux articles économiques, l'Association centrale des unions suisses de propriétaires fonciers (12) s'adressa au Conseil Fédéral, afin de faire reconnaître, par voie d'interprétation authentique, que l'économie du logement était une branche économique, et que les propriétaires d'immeubles locatifs pouvaient aussi, le cas échéant, bénéficier des mesures d'encouragement. Le rapporteur au Conseil des Etats (13) déclara, au sujet de cette requête, que l'économie du logement n'était pas une branche économique, et s'expliqua en relevant que les propriétaires d'immeubles se recrutaient parmi les classes sociales les plus diverses, et que leur seul point commun, qui était d'avoir une maison locative, ne suffisait pas pour constituer une branche économique (14). Ce raisonnement n'est pas tout

(10) B.S. 1938, C.N., page 351.

(11) La dernière volonté qu'il soit possible de déceler (Cf. Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre*, page 130).

(12) Secrétariat central, 13, Seidengasse, Zurich 1.

(13) B.S. 1939, C.E., page 54.

(14) Le rapporteur au Conseil National ne s'est pas prononcé sur cette question, mais l'a éludée en renvoyant à la jurisprudence fédérale, qui, lui semblait-il, indiquait assez clairement ce qu'il fallait considérer comme une branche économique (cf. B.S. 1938, C.N., pages 365—366).

à fait convaincant. Le fait qu'en Suisse l'économie du logement n'est pas groupée en grandes entreprises, mais se répartit entre de nombreux propriétaires, ne change rien à la fonction économique de cette source de revenu, et n'empêche nullement qu'elle soit considérée comme une branche économique. Si, toutefois, le constituant lui refuse cette qualité, c'est seulement parce qu'il est libre de se forger ses propres notions, et en particulier celle de la branche économique. Il ne peut, dès lors, justifier l'inapplicabilité de l'article 31 bis II à l'économie du logement qu'en disant que, pour lui, branche économique, au sens de l'article 31 bis II, ne s'entend que de groupes d'activités principales.

5. Les «groupements fondés sur l'entr'aide» («auf gegenseitiger Hilfe beruhende Organisationen der Wirtschaft») (15) ne sont pas des branches économiques. Mais la genèse des articles revisés montre qu'il n'est pas superflu de le rappeler.

En octobre 1945, le Conseil National accepta une proposition qui donnait à la Confédération la compétence d'encourager les coopératives et associations de même nature. Cette compétence devait même faire l'objet d'un paragraphe spécial (à l'époque, article 31 bis IV). Toutefois, on a signalé, en un autre contexte (16), que le représentant du Conseil Fédéral avait critiqué cette intention. De fait, lors des débats qui précédèrent le vote, il soutint que les organisations fondées sur l'entr'aide pouvaient déjà prétendre aux mesures d'encouragement en vertu de la disposition générale de l'article 31 bis I (actuel II). Il déclara textuellement (17): «L'alinéa I (actuel II) de l'article 31 bis nous dit déjà que la Confédération a le droit d'encourager certaines branches économiques ou professions. Or les coopératives figurent parmi les branches économiques». Puis, comme on doutait, au Conseil des Etats, que les coopératives fussent des branches économiques, le représentant du Conseil Fédéral revint sur sa première opinion (18): «Il est exact, dit-il, que les coopératives de consommation ne sont pas des branches économiques, mais qu'elles sont des formes d'entreprises ou d'exploitations du commerce de détail. On peut donc admettre qu'elles n'entrent pas dans le cadre de l'article 31 bis I, et que cette disposition, à elle seule, ne suffirait pas pour les mettre au bénéfice des mesures fédérales d'encouragement».

Nous ne nous appesantirons pas sur le cours ultérieur des débats, ni sur la façon dont la version définitive de l'alinéa sur les coopératives (ar-

(15) Article 31 bis V.

(16) Cf., ci-dessus, page 36.

(17) B.S. 1945, C.N., page 547.

(18) B.S. 1945, C.E., page 249.

ticle 31 bis V) fut adoptée, dans la procédure d'élimination des divergences. Ce qui nous importe, ici, c'est que l'idée que les coopératives pouvaient être considérées comme des branches économiques a été abandonnée, et qu'on a reconnu que ces deux notions différaient entre elles autant que celle d'encouragement des coopératives diffère de celle d'encouragement des branches économiques (l'une étant la garantie d'un libre développement, l'autre étant un appui actif, accompagné, le plus souvent, de subventions (19)). Quand on parle de coopératives, on distingue des entreprises selon un critère juridique. Quand on parle de branches économiques, on considère le produit de leur activité.

6. En principe, on peut encourager l'économie dans son ensemble, ainsi par le jeu de la politique du taux de l'escompte, ou du crédit, ou n'en favoriser que certains groupements, par exemple au moyen de subventions. Quand l'article 31 bis II préconise des mesures en faveur de «certaines branches économiques», il est clair que l'encouragement est destiné non à l'économie prise comme un tout, mais à telle de ses parties. En 1938, le Conseil National a rejeté une proposition qui tendait à donner à la Confédération le pouvoir d'édicter des prescriptions sur une politique du taux de l'escompte et du crédit favorable à toute l'économie nationale (20). Ce rejet s'explique, avant tout, par le fait qu'une telle politique d'encouragement fédéral pouvait déjà, sans disposition constitutionnelle particulière, être pratiquée par la Banque Nationale, qui en trouvait les moyens dans sa loi organique ainsi que dans la loi sur les banques. Ce qu'on voulait, par la revision des articles économiques, c'était donner à des mesures d'encouragement partielles, que ce soit en faveur de l'industrie des machines ou de la broderie, la base constitutionnelle qui leur manquait (21).

7. A cet égard, il convient de comparer l'article 31 bis à l'article 31 quinquies. Ces deux articles prévoient des compétences fédérales, en matière économique, qui sont limitées, toutes les deux, par le principe de la L.C.I. (22). L'article 31 quinquies, appelé article sur la conjoncture, doit

(19) Cf., ci-dessus, page 37.

(20) B.S. 1938, C.N., pages 354, 366, 374. Le point n'importe que la compétence préconisée n'eût pas été limitée par la L.C.I. Il ne s'agit, ici, que de distinguer entre un encouragement économique total et partiel.

(21) M. Iklé (op. cit.) relève donc avec raison que des mesures qui tendraient à prévenir un effondrement général du taux de l'escompte ne sauraient se fonder sur l'article 31 bis II Cst.

(22) A l'article 31 quinquies, la réserve de la L.C.I. n'est pas expresse, comme à l'article 31 bis II, mais elle se déduit par interprétation (encore que certaines opinions dissidentes se rencontrent en doctrine ; cf., par exemple, Kaufmann, pages 46—47).

permettre à la Confédération d'exercer une influence sur l'ensemble de la conjoncture. «Il faut prévenir ou combattre le chômage et les dépressions économiques qui se généralisent» (23). En revanche, l'article 31 quinquies ne prévoit pas, par principe, une action qui ne serait destinée à régulariser que des conjonctures partielles, c'est-à-dire relatives à certaines branches seulement. Pour lutter contre ces perturbations localisées, la Confédération doit se fonder sur l'article 31 bis, dont l'alinéa II lui donne précisément le pouvoir d'encourager «certaines branches économiques».

A la vérité, ne doit-on pas constater, presque toujours, un parallélisme entre la conjoncture partielle et totale ? L'extraordinaire complexité de l'économie nationale, l'interdépendance horizontale et verticale de tous les prix, la solidarité réciproque de tous les marchés, n'ont-elles pas pour effet qu'une crise ne survient jamais dans une branche économique, qu'elle ne soit, en même temps, la cause ou la conséquence d'une dépression générale concomitante ? Ce jeu d'action et de réaction (24) permet-il encore d'invoquer l'article 31 bis II ? Ne doit-il pas toujours céder le pas à l'article 31 quinquies ? On répondra : non. L'article 31 bis II n'est pas superflu. Tout d'abord, la loi de l'interdépendance économique générale n'est pas une règle mathématique, mais une tendance. Il peut fort bien arriver, et l'expérience l'a montré, que des crises frappent un domaine de l'économie, sans s'étendre aux autres. Ensuite, et c'est là une constatation essentielle, l'article 31 bis II ne prévoit pas seulement la lutte contre les troubles qui affectent la conjoncture, mais aussi contre ceux qui ébranlent la structure même des différentes branches économiques. Et, dans les cas d'aggravation structurelle de leurs conditions d'existence, les branches économiques ne peuvent espérer de secours de l'Etat qu'en vertu de l'article 31 bis. Ainsi, l'article 31 bis II donne avant tout un appui constitutionnel aux mesures que rendent nécessaires les modifications structurelles, car ces mesures ne sauraient se fonder sur l'article 31 quinquies.

Ici, une question de principe se pose encore à l'esprit. On objectera que l'encouragement, par l'Etat, de certaines branches économiques, n'est pas justifié, quand c'est leur structure permanente qui est en cause. L'intérêt général n'y trouverait pas son compte, ni même la logique et la raison. L'Etat ne doit pas gaspiller les deniers de la collectivité, pour main-

(23) De Capitani, page 54.

(24) Truchy, page 3 : «... il n'y a pas de vie économique un peu haute sans des rapports organisés entre les activités individuelles et par conséquent sans interdépendance».

tenir artificiellement des organisations surannées. A quoi l'on rétorquera que, lorsque surgit un trouble, on ignore, en général, quelle est sa nature. Mais ce n'est pas un motif pour refuser à la Confédération la faculté d'intervenir. L'article 31 bis II n'impose pas à l'Etat fédéral le soin de qualifier, d'abord, le changement d'une situation. Au contraire, il l'autorise à prendre des mesures dès que l'autorité l'estime indiqué.

§ 2. Les professions.

1. L'actuelle version de l'article 31 bis II Cst. préconise l'encouragement de certaines branches économiques et *professions*. Un coup d'œil rétrospectif nous apprend qu'à l'origine les professions n'étaient pas mentionnées. Dans le Projet du Conseil Fédéral de 1937, la politique d'encouragement étatique s'adressait à l'agriculture, à l'artisanat, au commerce, à l'industrie et au tourisme, autrement dit à ces secteurs de l'économie nationale qui, au cours des délibérations parlementaires, devaient être réunis sous le terme générique de «branches économiques». En revanche, il n'était pas question de «professions». Même le Conseil National, qui avait la priorité, n'en parla pas. Il fallut attendre une proposition de la Commission du Conseil des Etats, pour que figurât la première mention des *groupes professionnels*, à côté des branches économiques de l'article 31 bis I (actuel II). L'exposé du rapporteur (1) nous indique la raison de cette adjonction : Dans un cas analogue, à savoir l'article 31 bis II, a (actuel III, a), qui était également soumis à la discussion, l'expression «groupes professionnels» accompagnait celle de «branches économiques». Pour établir une parfaite concordance interne, il s'agissait de donner à l'alinéa précédent une rédaction correspondante. Le Conseil des Etats, puis, finalement aussi le Conseil National, se rallièrent à cette suggestion, si bien que l'Arrêté Fédéral du 21 septembre 1939 présentait un article 31 bis I (actuel II), qui mettait au bénéfice des mesures d'encouragement, non seulement les branches économiques, mais encore les groupes professionnels.

2. Le second Projet du Conseil Fédéral, de 1945, comporte une modification. Sans doute, ce Projet se fondait principalement sur l'Arrêté Fédéral du 21 septembre 1939. Mais il remplaça «groupes professionnels» par «*professions*». Pourquoi ce changement ? Le Message ne le dit pas. Mais il s'explique à propos de l'article 31 bis II (actuel III), où la même substitution se produisit (2). Et cela nous fournit la solution. A la

(1) B.S. 1938, C.E., pages 535—536.

(2) Message II, page 898.

demande de l'Union suisse des arts et métiers, les articles révisés devaient donner au certificat obligatoire de capacité une base juridique claire. Il fallait que l'ouverture de nouvelles entreprises, dans des branches dont l'existence était menacée, pût être subordonnée à ce certificat. Le Conseil Fédéral, puis les Chambres, prirent cette demande en considération. L'article 32 II du premier Projet du Conseil Fédéral, et l'article 31 bis II, a, de l'Arrêté Fédéral du 21 septembre 1939, donnèrent à la Confédération la compétence d'adopter, en certaines circonstances, des mesures pour protéger les groupes professionnels, le cas échéant par dérogation à la L.C.I. Les autorités estimaient que les certificats obligatoires de capacité entraient dans le cadre de cette disposition. Cependant, dans une consultation requise par le Département fédéral de l'économie publique, M. Hans Huber (3) déclara que ledit alinéa ne permettait d'étendre les mesures de protection qu'aux seuls groupes professionnels, à l'exclusion des professions isolées («Einzelberufe»), et qu'ainsi le certificat de capacité pourrait être imposé aux premiers, mais non pas aux seconds. Or il arrive rarement que les conditions de l'institution du certificat soient réalisées dans tout un groupe de professions, et, du reste, ce certificat est, avant tout, destiné aux professions isolées (cordonniers, charrons, coiffeurs, etc.). C'est pourquoi, dans son second Projet, de 1945, le Conseil Fédéral proposa de changer «groupes professionnels» en «professions», à l'article 31 bis II, a (actuel 31 bis III, a). Et telle est la raison du changement qu'a également subi l'article 31 bis I (actuel II). Le Conseil Fédéral, qui voulait, à juste titre, assurer le parallélisme interne (4) des alinéas I et II (actuels II et III), a fait coïncider leurs termes. Sinon, il y aurait eu, ici, une différence que personne n'aurait voulue, et qui aurait tout au plus compliqué la tâche des interprètes.

3. Qu'est-ce qu'une profession ? De l'avis du Tribunal Fédéral (5), c'est une activité lucrative qui est exercée de façon régulière et indépendante. Comme le constituant n'a pas manifesté d'autre opinion, lors des délibérations, cette définition traditionnelle s'applique également à notre article 31 bis II Cst.

Lorsque l'expression «groupes professionnels» fut introduite dans le Projet de révision, on pensait surtout à ces activités qui sont ordinairement le fait des *petites exploitations*. Et, en effet, le comité rédactionnel

(3) Dans son avis de droit : «L'article 31 bis II, a, des dispositions révisées, donne-t-il une base juridique suffisante pour introduire, par voie de législation, le certificat obligatoire de capacité, soit en général, soit pour certaines professions particulières ?» (Avis de droit du 8 janvier 1945).

(4) Cf., ci-dessus, page 35.

(5) Cf., ci-dessus, page 20, en particulier notes 9 et 11.

de la quatrième sous-commission d'experts (1937) (6) préconisait des mesures «en vue de protéger les branches économiques menacées, ainsi que les petites exploitations commerciales et industrielles». La quatrième sous-commission éprouva, cependant, quelques hésitations à mentionner expressément les petites exploitations. On chercha une autre solution. Finalement, on la trouva dans l'adjonction des «groupes professionnels» aux branches économiques. Ainsi, on constate qu'à l'origine les groupes professionnels désignaient principalement les professions artisanales de la classe moyenne, mais que l'expression fut introduite précisément pour comprendre toute autre activité lucrative exercée de façon régulière et indépendante. Quand, ensuite, le mot fut remplacé par celui de «professions», c'est bien ce sens là qui fut reporté sur la nouvelle expression. D'ailleurs, la genèse des articles économiques démontre que professions et groupes professionnels ont toujours été entendus de la même manière. Le constituant n'a jamais pensé que le groupe professionnel fût un assemblage de plusieurs professions isolées. Pour lui, les deux termes étaient synonymes (7).

4. Nous avons dit que la profession, au sens de l'article 31 bis II Cst., était une activité lucrative exercée de façon *indépendante*. Cela veut dire que les mesures d'encouragement profiteront, dans telle profession, aux employeurs, et non aux employés (8). L'assistance à l'activité lucrative dépendante est assurée par la législation relative à la formation professionnelle, fondée, elle, sur l'article 34ter I, g (9). Il s'ensuit que, pour délimiter entre elles les professions, ce n'est pas la formation de l'employé qui importe, mais le but de l'employeur. On a dit, par exemple, au Conseil National (10), que la profession de menuisier comprend seulement les menuisiers indépendants, et non pas ceux qui, dans une fonderie, découpent des chablon.

(6) Cf., ci-dessus, page 18, note 7.

(7) Ce qui ne signifie pas que le remplacement de «groupes professionnels» par «professions» ait été inutile. Au contraire, les autorités ont été bien inspirées de substituer à une expression fallacieuse un terme qui rendit mieux leur intention. Car les verbes volent, mais les écrits demeurent.

(8) B.S. 1938, C.N., page 351.

(9) Cf., par exemple, B.S. 1945, C.E., page 231.

(10) B.S. 1938, C.N., page 354.

CHAPITRE CINQ

Les moyens de la politique d'encouragement. Généralités

1. L'article 31 bis II propose un but : l'encouragement de certaines branches économiques ou professions. Mais il ne nous indique pas la manière de l'atteindre. En d'autres termes, il ne nous dit rien sur les moyens qui sont au service de cette politique d'encouragement.

Toutefois, l'article 31 bis II est libellé en des termes si larges qu'il est permis de présumer que la Confédération a la plus grande latitude dans le choix de ses moyens.

Et, de fait, un coup d'œil sur les *Travaux préparatoires* nous montre que, lors des délibérations aux Chambres, on n'a jamais donné que des exemples de mesures d'encouragement (1). Au contraire de l'article 32 quater Cst., où, l'interprétation l'enseigne, on a prévu exclusivement la clause de besoin, l'article 31 bis II laisse à la Confédération le soin de chercher les mesures adéquates.

Cette attitude indifférente du constituant s'explique avant tout par le fait qu'il concentrait son intérêt sur les cas où la Confédération pouvait être autorisée à déroger à la L.C.I. Rien d'étonnant, dès lors, que les com-

(1) B.S. 1938, C.E., page 530 : «... En général, on entend par encouragement d'une branche économique des subventions ou des mesures d'aide à l'exportation, un appui aux expositions, ou à la formation professionnelle, etc.». B.S. 1945, C.N., page 519 : «Il faut entendre par là... par exemple des subsides...». Cf. encore B.S. 1938, C.N., page 351. Dans le même sens également le Message I, page 882 : «Nous pensons entre autres à la propagande touristique à l'étranger et aux réductions de taxes accordées aux touristes étrangers».

pétences fédérales qui n'impliquaient aucune violation de la L.C.I. aient été véritablement négligées. Si l'alinéa III de l'article 31 bis (celui qui permet les entorses à la L.C.I.) a provoqué des discussions qui tiennent des douzaines de pages du Bulletin sténographique, l'alinéa II n'a suscité qu'un intérêt dix fois moindre. Assurément, le constituant sous-estimait l'importance des mesures qui demeurent dans le cadre de la L.C.I. Il pensait que, pour une mesure, l'obligation de respecter la L.C.I. diminuerait à tel point son importance pratique, qu'il n'était pas nécessaire d'en détailler davantage la mise en œuvre pratique.

2. Le choix des modes d'encouragement a donc été laissé au législateur. Et ce choix est libre, c'est-à-dire qu'en principe tous les moyens sont admissibles, qui paraissent indispensables à la réalisation du but de l'article 31 bis II : «Quand la Constitution attribue expressément une compétence à la Confédération, il est raisonnable qu'elle lui permette également tous les moyens qui sont nécessaires à l'exercice approprié et efficace de cette compétence» (2). Mais, en même temps, la liberté du choix ne saurait être absolue, puisqu'elle est limitée aux moyens qui se concilient avec les autres règles, explicites ou implicites, de la Constitution.

Parmi les dispositions constitutionnelles explicites que les mesures d'encouragement ne doivent pas violer, citons, en premier lieu, la garantie de la L.C.I. (3). A côté de la L.C.I., il faut réserver encore, bien entendu, toutes les autres libertés fondamentales (4). En outre, la Constitution subordonne expressément les mesures d'encouragement aux intérêts généraux de l'économie nationale.

Parmi les dispositions implicites, mentionnons, spécialement, les principes de la subsidiarité et de la proportionnalité (5).

3. Sont donc autorisées, à l'article 31 bis II, ces mesures de politique économique qui respectent les bornes posées par la Constitution. Cela ne signifie pas qu'il soit possible d'établir une liste des moyens admissibles et de ceux qui ne le sont pas.

Assurément, il y a toute une série de moyens qui, de prime abord, sont inutilisables : ce sont ceux qui, par définition, sont incompatibles avec

(2) Giacometti, Bundesstaatsrecht, page 77.

(3) C'est pourquoi les clauses de besoin, les certificats obligatoires de capacité, le numerus clausus et autres mesures de contrainte, ne sauraient servir à la politique d'encouragement.

(4) Cf. Message II, page 898.

(5) Ces principes sont des conséquences de l'esprit libéral de la Constitution, et de l'idée de la responsabilité personnelle du citoyen (cf. Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, pages 160 ss ; Schürmann, Gemischtwirtschaftliche und öffentliche Unternehmungen, page 101 a).

les limites que la Constitution assigne au pouvoir d'encouragement (pratiquement, donc, avec la L.C.I.). Ainsi, le certificat obligatoire de capacité, qui constitue une mesure de contrainte, viole, comme tel, la L.C.I., et il importe peu que, dans le cas concret, il soit aménagé de façon libérale (6).

La proposition inverse ne serait pas exacte. Il n'existe pas de moyen qui, par principe, puisse toujours être mis au service de la politique d'encouragement. L'exemple de la subvention, qui, lors des discussions parlementaires, a toujours été considéré, sans la moindre objection, comme la mesure d'encouragement par excellence (7), n'est pas déterminant. Ce sont les conditions de la subvention, son montant, et, d'une manière générale, sa mise en œuvre concrète, qui permettront de dire si elle respecte la L.C.I. Il ne suffit pas qu'une mesure de faveur revête la forme d'une subvention pour qu'aussitôt elle soit conciliable avec la L.C.I.

Le chapitre suivant, qui a pour objet les *limites* du pouvoir d'encouragement, montrera quels moyens sont, d'emblée, exclus de l'article 31 bis II, et dans quelles circonstances les autres mesures pourront être retenues. Avec une réserve, toutefois. Nous n'examinerons que les deux limites prévues expressément dans notre alinéa, la L.C.I. et les intérêts généraux de l'économie nationale. Les conclusions que nous pourrions tirer ne devront pas être étendues par voie d'analogie. Cette façon de circonscrire le sujet se justifie. En effet, les autres dispositions constitutionnelles dont le respect s'impose aux mesures d'encouragement ne sont pas des limites spécifiques du pouvoir d'encouragement. Ce serait donc dépasser le cadre de cette étude que de vouloir les considérer. Néanmoins, nous devons bien nous rappeler qu'une mesure d'encouragement, quand même elle respecte la L.C.I. et sauvegarde les intérêts généraux de l'économie nationale, ne sera jamais admissible qu'autant qu'elle demeure en deçà des limites de la Constitution, ou, mieux, de l'ordre juridique.

(6) Cf. note 3, et pages 72 ss.

(7) Cf., par exemple, B.S. 1938, C.N., page 351 ; C.E., page 530 ; 1939, C.N., page 93, etc.

CHAPITRE SIX

Les limites du pouvoir d'encouragement

§ 1. La liberté du commerce et de l'industrie.

A. Le problème et sa solution de principe.

- I. *Les mesures de politique économique sont-elles compatibles avec la L.C.I. ? Le critère de la contrainte.*

1. L'article 31 bis II est formel. Quand elle prend des mesures d'encouragement, la Confédération «doit respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie». Cette réserve est la conséquence logique de l'idée fondamentale qui domine les nouveaux articles économiques : que la Confédération est liée à la L.C.I., et qu'elle ne peut y déroger qu'à des conditions bien précisées par la Constitution (1). Une règle expresse n'était donc, à vrai dire, pas indispensable. La réserve se déduisait par voie d'interprétation. Puisque les conditions strictes auxquelles sont subordonnées les dérogations à la L.C.I. sont énumérées, exhaustivement, dans l'alinéa III de l'article 31 bis (tout au moins pour les nouveaux articles économiques), il s'ensuit que les mesures préconisées à l'alinéa II doivent, elles, respecter la L.C.I. Si, toutefois, le constituant a estimé nécessaire d'insérer une réserve expresse, c'est avant tout parce que c'était la meilleure façon de bien marquer l'opposition entre les alinéas II et III. Du reste, il y a tou-

(1) Il est évidemment question, ici, des mesures de politique économique. Les dérogations policières à la L.C.I. sont toujours admissibles.

jours un intérêt à user de formules expresses. On prévient le danger d'une fausse interprétation, et, de toute façon, on élimine des obscurités telles qu'en présentait, par exemple, l'ancien article 34ter.

Du point de vue de la sécurité juridique, l'article 31 bis II représente un net progrès sur l'ancien article 34ter. La question, naguère si controversée, de la limite de la L.C.I. (2), est aujourd'hui expressément tranchée. Il est vrai que, de ce fait, une autre question a surgi. L'article 31 bis II nous dit bien que la Confédération ne peut prendre des mesures qui ne seraient pas compatibles avec la L.C.I. Mais il ne nous dit pas comment une mesure doit être faite pour se concilier avec la L.C.I. Et c'est là une question dont la réponse est loin d'être évidente, ainsi que nous le montrerons encore. De toutes les interventions économiques de l'Etat, il est clair qu'un petit nombre seulement entre ici en ligne de compte. Plus l'Etat s'immisce dans la sphère privée des particuliers, moins il y a de chance que les mesures qu'il prend alors soient compatibles avec la L.C.I. Il s'agit donc de savoir jusqu'à quel degré d'immixtion une mesure se concilie encore avec la L.C.I. ou, si nous dressons une échelle des interventions étatiques, de la plus faible à la plus incisive, à partir de quel échelon la mesure sort du cadre de la L.C.I. ?

2. Avant de résoudre cette question, il faut nous assurer, bien entendu, que toute mesure d'encouragement n'est pas, en soi, exclusive de la L.C.I. A ce sujet, la Constitution elle-même nous tranquillise. Nous devons considérer comme une donnée certaine que les interventions de l'article 31 bis II ne violent pas par définition la L.C.I. Il serait, en effet, inadmissible d'imputer à la Constitution une contradiction aussi flagrante.

Néanmoins, cette condition préalable demeure un problème. C'est pourquoi nous ne l'admettrons qu'après l'avoir examinée sous tous ses aspects. Ce n'est qu'une fois que nous aurons solidement confirmé notre point de vue, que nous pourrons aller plus loin. Ainsi donc, sans révoquer en doute la compatibilité des mesures d'encouragement avec la L.C.I., nous voulons commencer par la mettre en pleine évidence.

Remontons au principe et demandons-nous : quelle est la relation entre les mesures économiques et la L.C.I. ? Pour simplifier, rallions-nous à la doctrine dominante, qui divise les mesures économiques en deux groupes : les *mesures policières* et les *mesures politiques*. Les mesures policières se proposent, avant tout, de «prévenir les effets

(2) Cf., ci-dessus, pages 28 ss.

dommageables qui proviennent de l'aménagement technique ou commercial propre à une exploitation particulière». En revanche, les mesures politiques cherchent à «corriger les conséquences d'une industrie ou d'une forme d'exploitation sur l'économie nationale» (3). L'opinion dominante voit, dans cette distinction, le moyen de discerner les mesures compatibles avec la L.C.I. de celles qui ne le sont pas. Les mesures policières, dit-elle, sont compatibles avec la L.C.I. Les mesures politiques sont incompatibles. S'il en est bien ainsi, il en faut conclure que les mesures d'encouragement de l'article 31 bis II ne sauraient être politiques. Puisque la Constitution entend qu'elles respectent la L.C.I., elles ne peuvent être que policières. Mais un rapide coup d'œil sur la nature des mesures d'encouragement montre aussitôt qu'il ne s'agit pas là de mesures policières, mais bien politiques. Il s'ensuit que cette théorie, qui postule l'incompatibilité des mesures politiques avec la L.C.I., est réfutée, tout au moins dans ce qu'elle a d'absolu, par la Constitution elle-même.

Voyons maintenant pourquoi les mesures d'encouragement *ne sont pas de nature policière*. Le droit de la police industrielle est la partie du droit policier qui a trait à l'activité économique des particuliers (4). Il entend prévenir les dangers d'une liberté industrielle illimitée. Cet élément négatif, la prévention d'un danger, est le critère essentiel des mesures de police économique (5). Et ce danger qu'il importe de prévenir peut menacer les biens juridiques les plus divers, tranquillité, ordre, sécurité, hygiène, bonnes mœurs, etc. Mais des motifs qui toucheraient uniquement à l'économie nationale ne jouent ici aucun rôle. «Le droit de la police industrielle ne peut qu'éliminer les dangers occasionnés aux tiers par une libre activité lucrative, et non pas le risque inclus dans la liberté même de l'activité lucrative, qui est l'insuccès commercial» (6). Ce dernier risque est indissolublement lié à la L.C.I. et «l'on ne pourrait le supprimer qu'en supprimant la L.C.I. elle-même». Voilà donc la tâche que, dans une jurisprudence décennale, le Tribunal Fédéral (7) a assigné au droit policier, au point d'en faire une notion très généralement admise. La revision de 1947 n'y a rien changé. Il n'y a aucune raison de penser que la Confédération ait alors reçu, à l'article 31 bis II in initio, des compétences policières autres, et éventuellement plus étendues, que celles

(3) Burckhardt, Commentaire, page 234.

(4) Cf. également, ci-dessus, page 20.

(5) Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 100 ; Voigt, pages 27 ss.

(6) Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 101.

(7) Cf., par exemple, A.T.F. 59. I. 112.

qui étaient reconnues aux cantons par la jurisprudence fédérale. La genèse des nouveaux articles suggère, bien au contraire, que la notion de la police industrielle n'a pas été touchée (8).

Il est bien clair que le pouvoir d'encouragement n'est pas de nature policière. Les mesures d'encouragement ont pour but d'élever le niveau de certaines branches économiques ou professions (9). Elles n'ont rien de ce caractère préventif qui distingue le droit policier. Il est donc exclu de les classer parmi les mesures policières.

Les mesures d'encouragement *sont des mesures de politique économique*, pour la raison suivante : La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à déclarer que la mesure de politique économique est celle qui permet de réaliser un programme économique. C'est cette idée de programme à réaliser qui la distingue de la mesure policière. On a vu que Burckhardt (10) lui assignait la fonction de «corriger les conséquences d'une industrie ou d'une forme d'exploitation sur l'économie nationale».

Ce but se rencontre précisément dans les mesures d'encouragement. Car, pour le constituant, «la notion de l'encouragement comprend tout ce que l'Etat peut faire, en vue de développer une branche de l'économie et d'en élever le niveau» (11). Donc, les mesures d'encouragement se rangent indubitablement dans la catégorie des mesures politiques.

La preuve est ainsi administrée que l'opinion dominante est inexacte, selon laquelle les mesures politiques seraient inconciliables, par définition, avec la L.C.I.

3. Comment expliquer cette contradiction entre la Constitution et la doctrine ? Parce que la doctrine se fait une idée discutable de la L.C.I. Les auteurs qui soutiennent l'incompatibilité de principe entre les mesures de politique économique et la L.C.I. partent tous du point de vue que la L.C.I. garantit le système de la libre concurrence. M. Giacometti (12), par exemple, écrit que l'article 31 Cst. entend pro-

(8) De Capitani, page 79 : «En s'efforçant de décrire soigneusement les conditions auxquelles est subordonnée toute dérogation à la L.C.I., et, plus généralement, en délimitant à nouveau la L.C.I. à l'article 31 bis III, le constituant a clairement manifesté son intention d'élargir le pouvoir d'intervention fédéral par une multiplication des exceptions à la L.C.I., et non par un changement de la notion de police».

(9) Cf., ci-dessus, pages 33 ss.

(10) Commentaire, page 234.

(11) B.S. 1938, C.N., page 351 ; cf. également, ci-dessus, page 34.

(12) Bundesstaatsrecht, page 283.

téger l'activité économique des particuliers contre les interventions de l'Etat. Il appartiendrait aux personnes privées de déterminer la marche de l'économie. Autrement dit, le principe de la L.C.I., tel qu'il est exprimé à l'article 31 I, révélerait une conception économique bien arrêtée : que le processus économique doit se dérouler selon le jeu de la libre concurrence. L'article 31 I garantirait la libre concurrence. Cette idée conduit les auteurs précités à la conclusion que toutes les mesures politiques sont contraires à la L.C.I., parce qu'elles ont une incidence sur le jeu de la libre concurrence. Et M. Giacometti (13) de dire : «Puisque l'article 31 I Cst. garantit le principe de la libre concurrence, il s'ensuit que les mesures de politique économique, qui interviennent dans le processus économique, et influencent de quelque manière le jeu de la libre concurrence, sont incompatibles avec lui».

Cette opinion, que la garantie de la L.C.I. équivaut à la garantie de la libre concurrence, est très répandue dans la doctrine suisse (14). Elle est également représentée dans de nombreux arrêts fédéraux (15). Et pourtant, elle est erronée. Car, si la Constitution garantissait la libre concurrence, elle garantirait aussi une économie du marché ouvert, donc un certain système d'économie. Et toute mesure que l'Etat prendrait, en vue de défendre ce système, serait conciliable avec la L.C.I. Les cartels pourraient être interdits, puisqu'ils ont pour but d'abolir la liberté de la concurrence dans un certain secteur de l'économie. Pareille interdiction ne violerait pas la L.C.I. Mais l'article 31 bis III, d, quand il fait de la législation sur les cartels une dérogation expresse à la L.C.I., nous montre bien que ce n'est pas là l'idée du constituant. D'ailleurs, cette législation ne pourrait servir qu'à lutter contre les «conséquences nuisibles, d'ordre économique ou so-

(13) Bundesstaatsrecht, page 284.

(14) Cf., par exemple, Burckhardt, Commentaire, page 233 : «L'article 31 garantit le système économique de la libre concurrence. Quand la liberté de la concurrence est supprimée, la liberté de l'industrie est également atteinte». Räber, page 111 : «La garantie de la liberté de l'industrie est, du point de vue économique, la garantie du système de la libre concurrence». Merz, loc. cit. : «Chacun tombe d'accord que le principe de la L.C.I. doit assurer à tous les citoyens le libre choix et le libre exercice de leur profession, et garantir le système économique de la libre concurrence».

(15) A.T.F. 45. I. 357 : «En garantissant la L.C.I., l'article 31 se fonde sur le système économique de la libre concurrence». 59. I. 61 : «L'article 31 assure, avec la L.C.I., le système économique de la libre concurrence». 66. I. 23 : «L'article 31 Cst. consacre le régime de la libre concurrence». Il est vrai que par «libre concurrence» le Tribunal Fédéral n'entend pas un système économique, mais simplement la liberté contractuelle (cf., ci-dessous, note 19).

cial, des cartels», et non contre les cartels considérés en eux-mêmes. C'est dire que la L.C.I. comprend également la liberté de constituer des cartels. Et, en effet, elle donne aux particuliers le droit d'exercer leur industrie, comme il leur plaît, pourvu qu'ils restent dans les limites de l'ordre public. Chacun peut donc s'entendre avec ses concurrents sur les prix, les débouchés, etc. (16). Bref, la Constitution permet que la libre concurrence soit partiellement supprimée.

De la sorte, il est établi que la L.C.I., au sens de l'article 31, ne garantit ni la libre concurrence, ni l'économie du marché ouvert. MM. Bertheau (17) et Marti (18) l'ont bien montré, la libre concurrence n'est pas le but, mais un effet (plus ou moins fortuit) de la L.C.I. (19). Or, si la L.C.I. ne garantit pas le régime de la libre concurrence, on est mal fondé à conclure que toutes les mesures «qui interviennent dans le processus économique, et influencent de quelque manière le jeu de la libre concurrence» sont incompatibles avec la L.C.I.

(16) Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, pages 73 et 175.

(17) Page 107.

(18) Handels- und Gewerbefreiheit, page 28.

(19) Pour M. De Capitani (page 71), c'est parce que l'on part de deux notions différentes de la libre concurrence que l'on ne s'accorde pas sur le point de savoir si cette libre concurrence est le but ou l'effet de la L.C.I. La doctrine dominante, pour qui la libre concurrence est le but de la L.C.I., n'y verrait que la liberté contractuelle, tandis que MM. Bertheau et Marti, qui tiennent la libre concurrence pour un effet de la L.C.I., la concevraient, selon la théorie de l'économie nationale, comme cette forme de marché où le particulier ne peut exercer aucune influence déterminante sur la formation des prix.

Ainsi, à en croire M. De Capitani, la divergence d'opinion n'en serait pas une. Il s'agirait d'une simple question de mots. MM. Bertheau et Marti combattraient un point de vue qui n'a jamais été défendu dans la doctrine dominante. Et pourtant, ce n'est pas seulement querelle de terminologie que de se demander si la libre concurrence est but ou effet de la L.C.I. Quand ils parlent de libre concurrence, tous les représentants de la doctrine dominante n'entendent pas la liberté contractuelle. Assurément, le Tribunal Fédéral (cf., par exemple, A.T.F. 45. I. 357 ; 32. II. 368 ; 52. II. 384 ; 62. II. 100) considère les cartels comme une conséquence naturelle de la L.C.I., et montre bien ainsi que, pour lui, la libre concurrence n'est pas un système économique, au sens de l'économie nationale, mais simplement la liberté contractuelle. Pourtant, il y en a qui, comme M. Huber (Interventionismus, pages 173 ss), décrètent expressément qu'une interdiction de cartels ne porte pas atteinte à la L.C.I. S'il a fallu un fondement constitutionnel à la législation sur les cartels, ce n'est pas parce qu'elle viole la L.C.I., mais parce qu'à défaut la Confédération n'aurait pas été compétente, en raison de l'article 3 Cst. Selon M. Huber, la disposition sur les cartels n'aurait pas dû figurer parmi les exceptions de l'article 31 bis III, mais aurait dû être liée, par exemple, à l'alinéa II dudit article. On voit bien que M. Huber entend la libre concurrence comme un système économique, et ne l'identifie pas simplement avec la liberté contractuelle.

Puisqu'il y a donc là une fausse prémisse (20), nous pouvons nous résigner de la façon suivante. La frontière entre les mesures qui sont compatibles avec la L.C.I. et celles qui ne le sont pas, ne doit pas être tracée définitivement entre les mesures policières et les mesures politiques, car, parmi les mesures compatibles avec la L.C.I., il faut compter, outre les mesures policières, certaines mesures politiques. Constatons, pour l'avenir, que les mesures politiques se divisent en deux catégories : les unes se concilient avec la L.C.I., les autres pas.

4. Au commencement de ce chapitre, nous nous sommes demandé jusqu'à quel degré une mesure d'encouragement reste compatible avec la L.C.I. Pour répondre à cette question, nous avons d'abord élucidé un problème général : les mesures de nature politique peuvent-elles, par définition, être compatibles avec la L.C.I. ? A ce sujet, nous avons constaté qu'il faut distinguer deux types de mesures politiques : celles qui sont conformes à la L.C.I., et celles qui lui sont contraires. Il importe, maintenant, de fixer la limite entre ces deux catégories (21).

A cette fin, nous devons reconsidérer la nature de la L.C.I. La L.C.I., on l'a vu (22), s'inspire, historiquement, de deux courants d'idées : le droit naturel et l'économie nationale (23). Cette constatation est importante, en ce sens que, selon qu'on met l'accent sur l'une ou l'autre de ces deux origines, la L.C.I. prend un caractère tout différent (24). Ainsi, l'examen de la nature de la L.C.I. implique, nécessairement, l'examen de ses sources idéologiques.

(20) Pour être complet, disons encore que, même si cette prémisse était exacte, si donc la L.C.I. garantissait le système économique de la libre concurrence, il n'en résulterait pas nécessairement que les mesures politiques soient, *eo ipso*, incompatibles avec la L.C.I. Car, parmi ces mesures, il en est qui tentent à protéger le système économique et à le faire prospérer, et ces mesures là ne peuvent guère être considérées comme des dérogations à la L.C.I.

(21) Il est curieux que les rares auteurs qui veulent bien admettre la compatibilité de certaines mesures politiques avec la L.C.I. ne se soucient pas de tracer la ligne de démarcation qui les sépare des autres mesures politiques inconciliables avec la L.C.I. On semble même ne se faire souvent qu'une idée très vague de cette ligne de démarcation. On dit de certaines mesures qu'elles s'accordent « bien » avec la L.C.I., et, d'autres, qu'elles sont « à peine » compatibles avec la L.C.I. Le certificat obligatoire de capacité (comme mesure de politique économique) passe, par exemple, pour être la mesure de protection artisanale qui se concilie « le mieux » avec la L.C.I. (cf. Winterberger, page 49). Ces termes imprécis montrent qu'on n'a pas de critère exact de la compatibilité.

(22) Cf., ci-dessus, pages 11 ss.

(23) M. Homburger (pages 28 ss) cite encore d'autres influences, moins importantes, qui ont également concouru à l'adoption de l'article 31 Cst.

(24) Cf., ci-dessus, page 15.

Quand la L.C.I. fut introduite dans la Constitution, en 1874, c'était son aspect *économique* qui prédominait. La L.C.I. doit sa réception, avant tout, au fait qu'on était alors persuadé de la supériorité du système économique libéral (25). Cependant, l'accueil favorable qu'on réservait à l'économie libérale n'eut pas pour effet de consacrer une économie du marché ouvert. En tout cas, on n'a jamais considéré que les mesures que l'Etat pourrait prendre afin de défendre cette politique du marché ouvert fussent conformes à la L.C.I. La raison en est que la doctrine du droit naturel jouissait également d'une large audience, et que cette doctrine ne cherchait pas à réaliser un système économique, quel qu'il fût, mais simplement à supprimer toute intervention de l'Etat dans l'économie, en s'efforçant de maintenir entières les libertés individuelles. Et ce point de vue était d'autant plus aisé à défendre que les tenants de l'économie nationale distinguaient mal la nuance. Les économistes libéraux classiques (26) pensaient que la libre concurrence ne courait de risques que de la part de l'Etat. Dès lors, tout l'effort ne devait-il pas tendre à exclure l'Etat de l'économie (27) ? Si l'Etat est exclu de l'économie, disaient-ils, la libre concurrence s'établira d'elle-même. Il n'y avait pas besoin, pour cela, de mesures étatiques, telles que des interdictions de cartels et de monopoles. Les particuliers n'avaient qu'à suivre leurs intérêts bien compris, pour contribuer ainsi à servir l'intérêt général (28). De ce point de vue, l'exclusion de l'Etat pouvait bien être considérée, en fait, comme une garantie de la libre concurrence, quoique, ainsi qu'on l'a montré, une telle garantie n'eût, juridiquement, jamais été ni envisagée ni réalisée.

En 1947, la Suisse était submergée, plus que tout autre pays, par des cartels et autres organisations hostiles à la libre concurrence, à un point tel que la théorie classique était totalement démentie, selon laquelle l'abstention de l'Etat en matière économique suffit pour assurer la liberté de la concurrence. Dans le Message I (29), le Conseil Fédéral déclarait qu'au cours des années, l'économie était devenue prisonnière d'obligations de droit privé, en une mesure qui

(25) Cf., ci-dessus, pages 16 ss.

(26) Par opposition aux économistes néo-libéraux, d'apparition récente (cf. note 31, ci-dessous).

(27) Le chef du libéralisme classique, Adam Smith, ne reconnaissait d'autres fonctions à l'Etat que la défense du pays, l'administration de la justice et le maintien de certaines institutions publiques bien déterminées (cf. Salin, page 94).

(28) Cf. Meisser, page 58.

(29) Page 846.

dépassait largement celle des interventions étatiques : les sujets économiques avaient usé de la liberté contractuelle, dérivée de la L.C.I., pour abolir, au moyen de conventions cartellaires et de mesures de combat contre les outsiders, la liberté de la concurrence, qui, elle aussi, aurait dû résulter de cette L.C.I. (30). La doctrine de l'économie nationale devait reconnaître que ce n'était pas en supprimant les interventions de l'Etat qu'on assurerait la liberté du marché, mais bien en obtenant des pouvoirs publics une protection qui se manifestât par des mesures positives (31).

Mais, à l'époque, l'économie nationale avait déjà perdu son ascendant sur le constituant. En 1947, c'étaient les idées du droit naturel qui étaient prépondérantes (32). Il faut en être bien conscient, si l'on veut comprendre le caractère de la L.C.I.

Le *droit naturel* proclame que tous les hommes sont libres (33). La liberté doit être garantie dans tous les domaines de l'existence. Elle doit donc l'être également sur le plan économique. Pour le droit naturel, la liberté économique est un des droits individuels, et non pas un moyen d'asseoir une théorie. Elle ne se propose pas de réaliser un système économique déterminé. Car même un système économique libéral exigerait, pour son bon fonctionnement, des mesures étatiques dont l'exécution ne s'obtiendrait que par la contrainte. Or les libertés fondamentales de l'individu se dirigent, d'après le droit naturel, contre toute contrainte de l'Etat. En ce sens, la L.C.I. donne aux particuliers la faculté d'aménager leurs rapports réciproques selon leur bon plaisir. Et, s'ils peuvent aller jusqu'à supprimer, par des conventions privées, la liberté de la concurrence, cela ne passe pas pour une contradiction.

5. Nous nous sommes demandé, plus haut, comment il fallait délimiter les deux types de mesures politiques. Maintenant que nous sa-

(30) Ce phénomène est pareil à celui qui se produit, en politique, lorsque les institutions libérales d'une démocratie sont employées à supprimer cette démocratie.

(31) C'est cette constatation qui est à l'origine de la nouvelle notion de concurrence, de l'école dite néo-libérale. Cette école voit, dans la libre concurrence, non pas un «ordre naturel» qui se réalise «spontanément» dès que l'Etat s'abstient d'intervenir, mais un «produit artificiel» qui présuppose, au contraire, tout un système de mesures étatiques. «Un automatisme qui suivrait les seules lois de la nature ne suffit pas pour maintenir intacte la liberté des transactions» (Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, page 370).

(32) MM. Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 20, et Tanner, page 15, font une observation semblable. Il est vrai que le second en tire d'autres conclusions que nous.

(33) Cf., ci-dessus, pages 11 ss.

vons le but de la L.C.I., la réponse est aisée. Si la L.C.I. voulait favoriser un certain système économique, on serait enclin à croire que la ligne de démarcation se trouve entre les mesures qui sont conformes au système et celles qui lui sont contraires. Mais, puisque la L.C.I. n'est pas le simple reflet légal d'une théorie économique, et qu'elle est un véritable droit individuel, le point de départ est différent. Il faut s'inspirer, pour trouver la limite, de l'idée que la L.C.I. entend protéger le particulier contre la contrainte de l'Etat.

En fait, le critère de distinction que nous cherchons, c'est la *contrainte*. Une mesure de politique économique se concilie avec la L.C.I. quand aucune contrainte ne vient restreindre la liberté du particulier dans l'exercice de son activité professionnelle. A l'inverse, une mesure qui impliquerait une contrainte serait incompatible avec la L.C.I. La fixation des prix, le *numerus clausus*, le certificat obligatoire de capacité ne se concilient donc pas avec la L.C.I., non pas, pour reprendre les termes de la doctrine dominante, parce que ces mesures portent atteinte à la libre concurrence, mais parce qu'elles limitent, par voie de contrainte, l'activité des particuliers.

Remarquons, afin d'éviter tout malentendu, que, pour remplir son programme économique, l'Etat n'en est pas réduit à ordonner ou à interdire, c'est-à-dire à imposer aux citoyens un certain comportement. Il peut atteindre le même but sans user de contrainte. Des mesures facultatives sont également propres à diriger l'action économique des particuliers. Par exemple, des subventions procurent aux personnes privées un revenu supérieur à celui qu'elles obtiendraient en régime de libre concurrence. Mais, dès que le revenu est ainsi artificiellement modifié, la production est détournée de la voie qu'elle aurait prise sans les mesures étatiques. Autrement dit, une politique de subventions permet à l'Etat d'orienter la production à sa guise. Et les particuliers sont amenés à se comporter d'une certaine façon, sans que l'Etat ait besoin de recourir à la contrainte. (Soit dit en passant, non seulement les subventions sont plus populaires que des mesures obligatoires, mais encore, grâce à leur attrait séduisant, elles sont souvent plus propres à obtenir un certain résultat [34]). A cet égard, il importe peu qu'en général les subventions ne soient pas proposées de façon indépendante, mais ne fassent que compléter des prescriptions impératives (35).

Pour avoir les mêmes effets, les mesures obligatoires et facultatives n'en diffèrent pas moins, nous l'avons vu, du point de vue de la

(34) Cf., à ce sujet, Schindler, page 102.

(35) Cf., à ce sujet, Rutz, page 42.

L.C.I. Les premières ne sont pas compatibles avec l'article 31 Cst., les secondes le sont. Après M. Nef (36), nous parlerons, dans le premier cas, de mesures politiques au sens strict, dans le second, en revanche, de mesures politiques au sens large (37).

Les *mesures politiques au sens strict* imposent aux particuliers un certain comportement. Tantôt elles limitent le libre accès à une industrie (certificat de capacité industriel, clause de besoin, attestation censitaire), tantôt elles réglementent la production (contingentement), tantôt elles protègent la concurrence (interdiction de cartels et de monopoles). Leur caractéristique est qu'elles ont toujours la priorité sur les plans économiques privés.

Les *mesures politiques au sens large* essaient, au contraire, d'inciter les particuliers à adopter de leur plein gré un certain comportement. Elles cherchent à les persuader, non à les contraindre. Par exemple, des subventions sont proposées à ceux qui voudront bien en accepter les conditions. Après avoir comparé les avantages de la subvention avec les inconvénients de ses conditions, le particulier se déterminera librement.

II. Une contrainte indirecte est assimilée à une contrainte directe.

1. La contrainte directe ne suffit pas pour distinguer les deux types de mesures économiques. Il est clair que l'État peut aussi rendre illusoire la liberté des particuliers par le moyen d'une *contrainte indirecte*. La contrainte est indirecte, quand l'État exerce une telle pression sur les particuliers qu'il leur rend « impossible, ou très difficile, la réalisation de leurs propres plans économiques. Les particuliers auraient bien le droit d'agir selon leurs projets (ce faisant, ils ne violeraient aucune norme juridique), mais ils en sont pratiquement empêchés » (1). Cette contrainte de fait, ou indirecte, ne porte pas nécessairement préjudice aux individus qui font l'objet des mesures politiques, mais aussi, parfois, à ceux qui en sont exclus, quand lesdites mesures ont un caractère de faveur très marqué.

Comment faut-il apprécier les mesures de contrainte indirecte, au regard de la L.C.I. ? On pourrait soutenir qu'elles lui sont confor-

(36) Handels- und Gewerbefreiheit, fiche 620, B et C.

(37) Cette terminologie est une concession à la doctrine dominante, pour qui les mesures de politique économique ne sont jamais conformes à la L.C.I. En effet, elle admet que le « type normal » de la mesure politique (« au sens strict ») n'est en tout cas pas conciliable avec la L.C.I.

(1) De Capitani, page 77.

mes, puisqu'elles n'instituent aucune limitation de droit. Mais cette solution ne serait pas satisfaisante. La contrainte, pour être de fait, n'en est pas moins une contrainte, portant atteinte à la liberté. Il suffit de considérer le but de la L.C.I. pour savoir aussitôt ce qu'il faut penser de la contrainte indirecte. La L.C.I. se propose de protéger l'individu de la contrainte étatique (2). A cet égard, il n'importe que cette contrainte soit de droit ou de fait. Car, pour l'individu, ce qui compte, c'est l'effet d'une mesure, et non sa forme. Et c'est bien ce point de vue qui est déterminant, en l'espèce, puisque le but de la L.C.I. est de protéger l'individu contre les interventions de l'Etat. Pour qui sont créés les droits individuels, sinon pour l'individu lui-même (3) ?

Si donc c'est le critère de la contrainte qui permet de séparer les mesures compatibles avec la L.C.I. de celles qui ne le sont pas, il s'agira d'une contrainte indirecte aussi bien que d'une contrainte directe. Par conséquent, une mesure est dite politique au sens large quand elle n'impose aucune contrainte aux individus, ni directe, ni indirecte.

2. Cela nous fournit une réponse provisoire à la question que nous nous posions précédemment. Une mesure d'encouragement est compatible avec la L.C.I. en tant qu'elle n'implique aucune contrainte. Mais, si cette formule est théoriquement précise, elle reste d'un emploi difficile dans la pratique, puisqu'aussi bien il s'agit maintenant de détecter toute contrainte, même indirecte.

A première vue, l'assimilation de la contrainte indirecte à la contrainte directe paraît avoir pour conséquence qu'aucune mesure politique ne s'accorde avec la L.C.I. Il n'en existe point, en effet, qui n'exerce pas, en quelque degré, une contrainte indirecte. Même les subventions n'en sont pas exemptes. Les branches économiques doivent remplir certaines obligations pour prétendre en bénéficier. Il

(2) Cf., ci-dessus, page 63.

(3) La relation entre la contrainte indirecte et la L.C.I. est tout à fait semblable au rapport d'un monopole public de fait avec la même L.C.I. Si le monopole de droit est incompatible avec la L.C.I., il est logique de dire que le monopole de fait ne se concilie pas davantage avec elle. En effet, pour l'individu, les deux monopoles ne présentent aucune différence essentielle. Le premier interdit juridiquement un certain mode d'acquisition. Le second l'empêche pratiquement. Dans les deux cas, l'individu doit souffrir une atteinte à sa liberté. Un traitement distinct des deux monopoles ne se justifie pas plus qu'une appréciation différente des deux contraintes.

s'agit principalement de ce qu'on appelle les «conditions de la subvention» («Subventionsbedingungen») (4). Il s'ensuit que les branches intéressées perdent une partie de leur liberté d'action, allant parfois jusqu'à tomber dans une véritable dépendance de l'Etat, sans que, pourtant, on puisse dire que les «conditions» proposées constituent toujours une violation directe de la L.C.I. (5). Bien plus, quand la Confédération, en vue d'atteindre un but économique déterminé, accorde son appui financier à certaines branches ou professions, les autres, qui ne profitent pas de ces subventions, peuvent aussi se sentir lésées dans leur liberté. Et doublement. D'une part, elles sont désavantagées dans leur développement, ce qui peut même avoir pour conséquence qu'elles soient délaissées, et qu'ainsi le libre choix de la profession en paraisse entravé. D'autre part, ce sont souvent elles qui doivent procurer à la Confédération les moyens de favoriser les branches et professions rivales, d'où une nouvelle atteinte à leur liberté. Il est même concevable que la politique d'encouragement destinée à une certaine branche de l'économie porte un tel préjudice à d'autres groupes qu'ils tombent à leur tour dans le besoin, et deviennent également des candidats à l'assistance.

En théorie, donc, toutes les mesures d'encouragement limitent, indirectement, la L.C.I. Nous voilà devant un dilemme : La Constitution prévoit des mesures d'encouragement dans le cadre de la L.C.I. Mais ces mesures paraissent impensables. Comment résorber cette contradiction ?

3. La solution d'un problème analogue nous montre la voie. L'article 31 II Cst. réserve les prescriptions cantonales sur l'imposition du commerce et de l'industrie. Entendons, ici, une imposition qui frappe les seuls commerçants et industriels. En effet, la compétence de prélever des impôts généraux, sans distinguer les industries, appartenant de toute façon aux cantons, il serait superflu de la mentionner spécialement dans la Constitution (6). Or ces impôts particuliers, qui visent exclusivement l'industrie, doivent respecter la L.C.I., la Constitution le dit expressément. Ce qui est contradictoire, «car le grèvement fiscal des seules industries viole dans tous les cas le principe de la L.C.I.» (7). Un impôt industriel général désavantage

(4) Cf., ci-dessous, pages 76 ss.

(5) Si ces «conditions» violaient directement la L.C.I., la mesure politique dont il s'agit serait, d'emblée, inconstitutionnelle (cf., ci-dessous, pages 77 ss).

(6) Cf. Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 239 ; Keller, page 41.

(7) Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 239.

le particulier au profit du fonctionnaire. Un impôt industriel spécial défavorise la branche qu'il frappe au bénéfice des autres. Dans les deux cas, la L.C.I. est violée (8).

Cette contradiction a trouvé une solution pratique dans une jurisprudence fédérale constante (9). Le Tribunal Fédéral ne considère pas toute atteinte à la L.C.I. par le moyen de l'impôt industriel comme une limitation indirecte de cette liberté. Pour les impôts industriels, le rappel de la L.C.I. signifie simplement que l'impôt ne doit pas être prohibitif, c'est-à-dire si lourd qu'il empêche l'exercice d'une certaine industrie (10).

Evidemment, cette solution ne supprime pas toutes les difficultés. Car c'est affaire d'appréciation de dire quand un impôt est prohibitif. Néanmoins, la jurisprudence fédérale donne une bonne ligne directrice.

4. Cette compétence fiscale contradictoire a donc reçu une solution qui peut nous servir de modèle. En d'autres termes, s'agissant du pouvoir d'encouragement, la réserve de la L.C.I. s'interprète à l'aide d'un *raisonnement analogique*. L'argumentation analogique se justifie, en droit, par le caractère unitaire de l'ordre juridique, qui est gouverné par certains principes matériels déterminés (11). Ce mode de raisonnement est même le seul admissible, en notre cas, à cause de l'unité de la politique économique.

La condition d'un tel procédé dialectique est la ressemblance des deux hypothèses. Ressemblance qui apparaît déjà dans la rédaction même. La compétence cantonale, d'imposer particulièrement les industries, et la compétence fédérale, de favoriser certaines branches économiques ou professions, sont, toutes les deux, accompagnées d'une compétence policière (12). Quant au fond, le problème est identique : dans les deux cas, les mesures étatiques ne doivent pas violer la L.C.I., et, dans les deux cas aussi, cela semble irréalisable, en raison de la

(8) On cherche souvent à lever la contradiction en justifiant l'imposition spéciale de certaines industries par des considérations de caractère policier. Car, dès qu'un impôt s'explique par des motifs policiers, son rapport avec la L.C.I. ne pose plus aucun problème, les mesures de police étant réputées conformes à la L.C.I.

(9) Cf., par exemple, A.T.F. 41. I. 264 ; 50. I. 30 ; 54. I. 78.

(10) Sur le second réquisit, formulé également par la jurisprudence, que les impôts industriels ne doivent créer aucune inégalité juridique, cf., ci-dessous, page 70.

(11) Cf. Nawiaske, *Allgemeine Rechtslehre*, pages 146—147.

(12) Article 31 II, resp. article 31 bis II Cst.

contrainte indirecte que ces mesures ne laissent pas d'exercer. La seule différence, c'est que, dans le cas de l'impôt, ce sont seulement les personnes visées par la mesure qui sont désavantagées ; dans le cas des mesures d'encouragement, en revanche, ce sont aussi, et surtout, celles qui en sont exclues (13). Mais le problème demeure : comment une mesure dont le caractère de contrainte indirecte est inéluctable peut-elle se concilier avec la L.C.I. ?

La conclusion analogique mène à la solution suivante. Les impôts industriels, qui, en fait, menacent la L.C.I., doivent, pour être constitutionnels, ne pas rendre impossible l'exercice de l'industrie qu'ils frappent. Ils ne doivent pas la grever si lourdement qu'ils en interdisent pratiquement l'accès. Ce qui est déterminant, c'est que les particuliers ne soient pas entravés dans l'usage des droits fondamentaux que leur confère la L.C.I. Et c'est ce même principe qui vaudra pour les mesures d'encouragement. Ces mesures ne doivent pas prendre une telle ampleur que le libre exercice d'une industrie en soit empêché. Par exemple, les branches économiques favorisées ne doivent pas tomber dans la dépendance effective de l'Etat et les branches non soutenues ne doivent pas être atteintes dans leur existence même. Nous avons ainsi donné une réponse plus précise à notre question initiale. Relevons encore un dernier point.

III. *Le principe de l'égalité devant la loi commande un traitement égal des exploitations concurrentes.*

1. L'article 4 Cst. consacre le principe de l'égalité devant la loi, qui régit l'ensemble de notre ordre juridique. Mais la violation de l'égalité par un traitement différencié des industriels et commerçants enfreint, outre cet article 4, l'article 31 sur la L.C.I. (1). En effet, une mesure de politique économique ne doit susciter aucune inégalité de droit. Autrement dit, l'article 31 bis II, en réservant la L.C.I., prohibe toute mesure d'encouragement qui heurterait la règle de l'égalité juridique.

Partant de l'idée que la L.C.I. garantit le système de la libre concurrence économique (2), la doctrine dominante pense qu'une inégalité de droit viole la L.C.I. parce qu'elle trouble le jeu de la libre concu-

(13) Cf., ci-dessus, page 66.

(1) Cf. Burckhardt, Commentaire, page 236 ; Giacometti, Bundesstaatsrecht, page 285 ; Nef, Handels- und Gewerbebefreiheit, fiche 616, I, chiffre 4 et II, chiffre 4.

(2) Cf., ci-dessus, pages 57 ss.

rence (2a). Si, maintenant, nous considérons que la L.C.I. ne vise qu'à mettre les individus «à l'abri d'une contrainte économique de l'Etat» (3), nous nous dirons peut-être que les sujets de droit doivent être traités également parce qu'à défaut les lésés verraient leur liberté relativement compromise, ou, mieux, seraient exposés à une contrainte indirecte. En réalité, ces deux conclusions sont erronées, l'une et l'autre. La jurisprudence ne se demande pas comment le principe de l'égalité de droit se déduit du principe de la L.C.I. (4). Quand l'égalité est violée, le Tribunal Fédéral ne cherche pas s'il y faut voir une atteinte à la liberté de la concurrence ou une contrainte indirecte du sujet économique. Le simple fait qu'il y a inégalité suffit pour constituer une violation de la L.C.I. A côté de la contrainte, l'inégalité est un cas de violation de la L.C.I. tout à fait indépendant (5). On peut même parler, ici, d'une conception juridique commune au peuple suisse. Point n'est besoin d'en examiner la base théorique, car cette conception est purement historique (6). Elle ne joue donc aucun rôle dans notre exposé.

2. Qu'est-ce, pratiquement, que le respect de l'égalité devant la loi, dans le cas des mesures d'encouragement de l'article 31 bis II Cst. ? A première vue, il paraît suffire que l'Etat traite semblablement les cas semblables, différemment les cas différents. A seconde vue, toutefois, il se révèle qu'une conception si large et si peu précise n'entraîne aucune limitation du pouvoir d'encouragement. Au contraire ! Si l'égalité était satisfaite par un traitement semblable des cas semblables, et différent des cas différents, toute mesure d'encouragement, pour ainsi dire, serait admissible. Car, pour justifier telle mesure, on pourrait toujours alléguer une différence, et la rendre

(2a) Giacometti, Bundesstaatsrecht, page 285 : «Indépendamment de l'article 4 Cst., le législateur prend une mesure politique inadmissible quand il traite inégalement les membres d'une même profession ou industrie. Car il crée des conditions différentes pour des sujets économiquement rivaux, ce qui a pour conséquence que le droit de l'un à la libre concurrence est limité au profit de l'autre».

(3) Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 31.

(4) Cf., par exemple, A.T.F. 73. I. 101.

(5) C'est pourquoi, par exemple, on ne saurait contester l'existence d'une inégalité de droit simplement parce qu'il n'y aurait pas de contrainte indirecte. Il arrive, en effet, que l'égalité juridique soit violée sans qu'on puisse retenir en droit une contrainte indirecte.

(6) Une des revendications économiques les plus impérieuses du XIX^{ème} siècle fut la suppression des anciens ordres corporatifs. La contrainte corporative devait être éliminée, aussi bien que les privilèges corporatifs. Contrainte et privilèges étaient donc bien les deux abus que la L.C.I. cherchait à réprimer (cf. Burckhardt, Commentaire, page 229).

vraisemblable. Le type de l'exploitation, les conditions locales, les dimensions, et autres propriétés qui peuvent être déterminantes quand il s'agit de bénéficier d'un encouragement étatique, varient nécessairement d'une entreprise à l'autre. Si donc l'on veut que le principe de l'égalité devant la loi fonctionne comme une limite du pouvoir d'encouragement, il faut qu'il soit défini avec précision. Une définition purement formelle, qui assimile toutes les branches économiques et professions, sans égard à leurs particularités, ne suffira naturellement pas. L'exigence d'un traitement égal de toutes les branches économiques et professions irait trop loin. Plus aucune mesure de faveur ne serait constitutionnelle. Car qui dit faveur dit inégalité. L'article 31 bis II resterait ainsi lettre morte.

La solution consiste à envisager non pas l'ensemble des sujets économiques, mais des parties déterminées d'entre eux seulement. Cette manière de voir est suggérée, derechef, par la jurisprudence fédérale relative à la compétence fiscale des cantons. Les impôts industriels cantonaux ne doivent pas non plus violer la L.C.I. Ils doivent donc respecter le principe de l'égalité. Règle qui paraît peu claire, au premier abord. Cependant, le Tribunal Fédéral (7) a jugé qu'un impôt industriel n'était inégal que lorsqu'il frappait certains membres d'une branche ou d'une profession, et non pas une branche ou une profession dans son ensemble.

Cette jurisprudence nous montre la voie. Appliqué aux mesures d'encouragement, le principe de l'égalité devant la loi signifie simplement que des *concurrents* ne doivent pas être traités de façons différentes. L'axiome selon lequel l'Etat doit traiter semblablement les cas semblables, différemment les cas différents, ne vaut que pour les sujets de droit qui sont entre eux dans un rapport de rivalité économique. La distribution arbitraire des mesures d'encouragement n'est prohibée que lorsqu'il s'agit d'exploitations concurrentes (8). Par exemple, quand l'hôtellerie bénéficie de mesures de faveur, alors que d'autres branches économiques ne font l'objet d'aucune politique d'encouragement, on ne dira pas que le principe de l'égalité est violé. Il ne le sera que si toutes les exploitations hôtelières concurrentes ne profitent pas également desdites mesures. C'est la seule interprétation du principe de l'égalité qui, tout en opposant une barrière au pouvoir d'encouragement fédéral, n'en supprime pas totalement l'exercice. Il convient donc de la retenir.

(7) Cf., par exemple, A.T.F. 43. I. 258 ; 45. I. 359 ; 61. I. 324 ; 63. I. 220.

(8) La définition exacte des « exploitations concurrentes » sera donnée ci-dessous, page 81.

Une autre raison encore nous fait penser qu'ici l'égalité devant la loi doit être comprise comme l'égalité des exploitations concurrentes. On sait que la Confédération s'efforce, en général, de ne marquer aucune différence, non seulement entre les exploitations concurrentes, mais encore d'une branche économique à l'autre. Ce ne sont donc pas uniquement les concurrents, mais tous les justiciables que la Confédération cherche à traiter également. Si elle a, une fois, encouragé une certaine branche, elle est prête à agir de même, la fois suivante, en faveur d'une autre. Plus est frappante la manière dont une branche est avantagée, plus seront nombreuses et insistantes les voix qui, de tous côtés, réclameront un bénéfice analogue pour d'autres branches (9). Finalement, le principe de l'égalité justifiera la multiplication des mesures fédérales (10). Or une telle politique s'accorde mal avec la L.C.I. Si un encouragement en déclenche d'autres, les mesures seront toujours plus nombreuses. Et elles seront toujours plus intenses, afin de satisfaire les revendications égalitaires. Mais alors, quel que soit leur objet, leur intensité les rendra peut-être inconciliables avec la L.C.I. en tant qu'elles exercent une contrainte indirecte inadmissible. On ne saurait donc soutenir que la prolifération des mesures d'encouragement soit postulée par le principe même de l'égalité devant la loi, tel qu'il est sous-entendu à l'article 31 bis II. Car il est clair qu'en ce contexte, ce principe ne doit pas faire échec à celui de la L.C.I. Ce qui ne peut être évité, précisément, que si l'égalité devant la loi est comprise comme l'égalité des seules exploitations concurrentes. Car c'est alors, uniquement, que sera empêchée une multiplication des mesures d'encouragement incompatible avec la L.C.I.

Du point de vue de la L.C.I., et de l'égalité devant la loi, il est évidemment peu satisfaisant que le traitement différencié d'une exploitation concurrente soit seul considéré comme une violation de l'égalité, alors que le traitement différencié des diverses branches économiques n'encourrait pas le même reproche. Toutefois, en pratique, ce défaut n'aura pas de conséquence grave, car des mesures qui dispenseraient à certaines branches économiques des avantages manifestement injustifiés violeraient sans doute les intérêts généraux de

(9) Cf. Schindler, pages 75 ss.

(10) A l'heure actuelle, il n'y a plus guère de branche économique qui puisse se vanter de n'avoir encore reçu aucune assistance de l'Etat. Bien entendu, pas seulement en vertu de l'article 31 bis II Cst., mais aussi pour les raisons les plus diverses, constitutionnelles ou inconstitutionnelles.

l'économie nationale et, de ce fait, seraient de toute façon inconstitutionnelles (11).

3. Jusqu'à quel degré d'intensité une mesure d'encouragement peut-elle aller sans violer la L.C.I.? nous demandions-nous au début de ce chapitre. Désormais, nous tenons la solution définitive. Une mesure d'encouragement est compatible avec la L.C.I. tant et aussi longtemps qu'elle n'impose pas un certain comportement aux sujets économiques, et qu'elle ne les traite pas inégalement. C'est dire qu'une mesure ne doit ni, d'une part, rendre illusoire la liberté de décision des particuliers, ni, d'autre part, introduire des discriminations entre sujets économiquement rivaux. Réponse bien vague, dira-t-on. Mais le problème des rapports entre les mesures d'encouragement et la L.C.I. n'en souffre pas de plus précise. Par conséquent, il faut voir, ici, non pas une solution brevetée, mais une ligne directrice générale dont on s'inspirera pour apprécier les cas pratiques. Il est clair que la compatibilité de chaque mesure avec la L.C.I. devra être examinée in concreto.

B. Les conséquences.

Il nous reste à tirer les conséquences pratiques de notre solution.

I. La contrainte directe.

1. On l'a vu, la condition principale, pour qu'une mesure d'encouragement s'accorde avec la L.C.I., c'est qu'elle n'exerce aucune contrainte sur le particulier. Les prescriptions qui contraignent le sujet de droit à adopter un certain comportement sont donc, dès l'abord, éliminées (1). C'est ainsi que toute une série de formes familières à l'économie suisse n'entre pas en ligne de compte à l'article 31 bis II. Quelles sont ces formes ?

Nous nous souvenons que la L.C.I. est l'ensemble des droits qui permettent aux individus de se mouvoir librement sur le terrain économique. Nous avons, précédemment (2), souligné les plus importants de ces «droits partiels» (3) : droit au libre choix de l'activité lucrative, droit à l'exercice d'une industrie ou d'une profession franche de

(11) Cf., ci-dessous, pages 85 ss.

(1) Cf., ci-dessus, pages 62 ss.

(2) Page 20.

(3) Les «droits partiels» sont ici les facultés que les individus peuvent déduire de la L.C.I., sur le terrain économique. C'est ce qu'on appelle, en d'autres contextes (cf., par exemple, Message I, page 861), les «conséquences» de la L.C.I.

toutes limitations d'objet, de temps et de lieu. Nous revenons maintenant sur ces droits, car une mesure ne sera compatible avec la L.C.I. qu'autant qu'elle les respectera, et une violation d'un seul d'entre eux sera également une violation de la L.C.I. Si donc nous passons en revue les principales limitations que les droits partiels puissent subir, nous obtiendrons, du même coup, la liste de ces mesures qui portent atteinte à la L.C.I., et qui, en conséquence, ne sauraient être mises au service de la politique d'encouragement prévue à l'article 31 bis II.

Ces limitations principales sont les suivantes (4) :

- a) Le *numerus clausus*, la clause de besoin, l'attestation censitaire, le dépôt de caution, le certificat de capacité, le certificat de bonnes mœurs. Ce sont là des mesures qui restreignent l'accès aux industries, et violent donc le droit au libre choix de l'activité lucrative.
- b) L'exclusion de certaines formes juridiques pour des industries déterminées. Chacun a, en effet, le droit de choisir librement la forme juridique de son entreprise.
- c) Le contingentement de la production, la limitation du chiffre d'affaires ou des débouchés. Ces mesures porteraient atteinte au droit de déterminer librement l'étendue d'une entreprise.
- d) Les restrictions relatives au temps et au lieu du travail. La faculté de fixer le temps et le lieu de son activité est aussi un des aspects de la L.C.I.
- e) Les contrats obligatoires, les prescriptions sur les prix et les conditions, les limitations et interdictions de livraison. Car toutes ces règles violent la liberté contractuelle qui doit régir les relations entre fournisseurs et clients.
- f) Les dispositions concernant les salaires, le nombre et le choix des salariés. C'est, ici, la liberté des contrats entre employeurs et employés qui serait restreinte.
- g) Les limitations et interdictions relatives à la publicité. Il existe, en effet, un droit à la libre publicité.
- h) Les mesures hostiles aux conventions cartellaires, aux boycotts, à l'obligation d'entrer dans une association, ou d'y être reçu, et à

(4) Cette énumération s'inspire spécialement de Kaufmann, pages 40—43, et De Capitani, pages 87—89.

l'interdiction d'en sortir. Ces mesures violeraient la liberté de coalition.

2. En général, les auteurs ne contestent pas que les mesures précitées soient contraires à la L.C.I. Il n'y a guère que pour le *certificat obligatoire de capacité professionnelle* qu'une opinion dissidente a été soutenue. C'est ainsi que M. Gutersohn (5) estime que ce certificat ne viole pas la L.C.I. «Il est bien plutôt, écrit-il, une garantie que le mot d'ordre 'la voie libre aux gens capables' sera réalisé convenablement dans l'artisanat et le commerce de détail». Ce n'est pas l'autorité publique, mais les personnes privées, qui décideront si elles se sentent capables de satisfaire aux conditions requises de connaissances et d'aptitudes, et si elles y satisferont en fait, afin d'obtenir le droit d'exercer leur profession indépendante ainsi modalisée. L'Etat n'intervient impérativement que parce que, nul ne l'ignore, le travail de qualité ne procure pas nécessairement un avantage économique qui vienne récompenser l'ouvrier soigneux, et le distinguer ainsi du bousilleur et du gâcheur de métier ; et que, pour encourager le perfectionnement professionnel, il faut un stimulant extérieur (6).

Et pourtant, M. Gutersohn a tort de penser que la L.C.I. s'accommode du certificat de capacité. Son argumentation n'est pas pertinente du point de vue juridique. Il est vrai que l'on attendait de la L.C.I., à l'origine, qu'elle permît le jeu de la concurrence, et, par conséquent, le choix des plus capables (7). Mais il est également vrai que cette sélection ne s'est pas réalisée, en ce sens, tout au moins, que la qualité l'emportât toujours sur la camelote. Or, de même que la L.C.I. n'a jamais eu pour tâche de garantir le système économique du marché ouvert, de même elle n'a pas eu celle d'assurer la survéance des effets qu'on attendait de son institution. De tout temps, la L.C.I. n'a été qu'une barrière opposée à la contrainte économique de l'Etat. Il s'ensuit que les mesures qui cherchent à faire triompher le principe de sélection ne sont compatibles avec la L.C.I. que si elles n'impliquent aucune contrainte à l'égard des individus. Mais subordonner l'exercice de certaines industries à la preuve de connaissances et d'aptitudes déterminées, c'est user de contrainte. Car le citoyen qui veut accéder à l'une de ces industries est obligé de se soumettre aux prescriptions étatiques relatives à la formation professionnelle, aux examens, etc.

(5) Page 161.

(6) Cf. aussi Jaccard, pages 178 ss, en particulier page 184, qui défend un point de vue analogue à celui de M. Gutersohn.

(7) Message I, page 833. Cf., également, ci-dessus, page 16.

Du reste, la preuve existe que le constituant reconnaissait aussi l'incompatibilité du certificat de capacité avec la L.C.I. N'est-ce pas, en effet, à l'article 31 bis III, a, qu'il faut chercher la base constitutionnelle dudit certificat, donc dans un alinéa qui prévoit, précisément, des dérogations à la L.C.I. ? Car, si le certificat n'y est pas mentionné expressément, il n'en est pas moins une des raisons d'être de cette disposition, ainsi que l'enseignent les Travaux préparatoires (8).

3. Répétons-le, à part le certificat de capacité, on ne conteste généralement pas que les mesures énumérées précédemment, sous chiffre 1, soient exclues de l'article 31 bis II. Tous les auteurs s'accordent, sinon sur les motifs, du moins sur le résultat. Nous ne nous attarderons donc pas davantage. D'ailleurs, l'essentiel a été dit (9). Prévenons, toutefois, un malentendu :

Si les mesures énumérées au chiffre 1 ne sauraient servir à la politique d'encouragement de l'article 31 bis II, c'est parce qu'elles imposent aux particuliers un certain comportement, et, partant, violent la L.C.I. On pourrait objecter qu'il n'est, en fait, pas nécessaire de faire de la contrainte le critère déterminant. Que les mesures précitées ne seraient, de toute façon, guère propres à atteindre le but de l'article 31 bis II. Que des interventions telles que le *numerus clausus*, la clause de besoin, le certificat de bonnes mœurs, etc., n'auraient rien à voir avec une « élévation du niveau » des branches économiques et des professions. Il s'agirait de mesures de protection et de sauvegarde au sens de l'alinéa III, non pas d'encouragement, au sens de l'alinéa II de l'article 31 bis.

A quoi nous répondrons : Il est bien vrai que des mesures qui dérogent à la L.C.I. ne sont pas toujours appropriées à une politique d'encouragement. En revanche, il serait faux de dire, par voie de généralisation, que de telles mesures ne peuvent jamais entrer dans le cadre de l'article 31 bis II. Le rapport avec la L.C.I. et l'aptitude à atteindre un certain but sont choses bien différentes. Les mesures qui dérogent à la L.C.I. ne servent pas seulement à la « sauvegarde » ou à la « protection » de certaines branches économiques ou professions. A l'inverse, les mesures qui n'y dérogent pas ne servent pas seulement à leur « encouragement ». La même mesure peut remplir, selon les cas, l'une de ces trois fonctions. Le certificat de capacité, par exemple, qui est pourtant une mesure de contrainte, ne

(8) Cf., ci-dessus, pages 48 ss.

(9) Ci-dessus, pages 62 ss.

jouera pas nécessairement un rôle de protection, mais bien aussi d'encouragement. On peut même dire que son caractère d'encouragement est plus marqué que son caractère de protection. Il ne sert pas tant à prévenir directement le danger économique qui menace une profession, et, par exemple, il ne mène pas à une limitation fixe du nombre des exploitations, mais, en améliorant les capacités, il cherche plutôt à élever le niveau de ladite profession.

Le certificat de capacité n'est évidemment qu'un exemple. La clause de besoin, le *numerus clausus*, le contingentement du chiffre d'affaires, etc., peuvent aussi être des mesures d'encouragement. Dans l'industrie hôtelière (10), la clause de besoin, outre sa fonction conservatrice, poursuit incontestablement un but d'encouragement. Dans l'industrie du tabac (11), le contingentement du chiffre d'affaires, qui se fonde sur le pouvoir fédéral de sauvegarde (article 31 bis III, a), contribue indirectement à améliorer la situation des entreprises que la mesure vise.

Ainsi, parmi les interventions de l'Etat qui violent la L.C.I., il en est un grand nombre qui remplirait fort bien un but d'encouragement. Par conséquent, il n'est pas superflu de se fonder sur le critère de la contrainte pour les distinguer des mesures d'encouragement constitutionnelles.

4. Convenons, pourtant, que la Confédération ne fondera presque jamais sur l'article 31 bis II une mesure qu'elle qualifiera *ouvertement* de contingentement du chiffre d'affaires, limitation de la production, interdiction de succursales, etc. C'est dans l'article 31 bis III, qui permet les dérogations à la L.C.I., qu'elle cherchera une base constitutionnelle. A cet égard, donc, il n'y a guère de danger que l'article 31 bis II serve de fondement à une mesure inconstitutionnelle (12). En revanche, il est concevable que des restrictions inadmissibles de la L.C.I. s'insinuent *d'une manière voilée* parmi les mesures d'encouragement. Ainsi, il arrive que la L.C.I. soit violée, non pas

(10) Arrêté Fédéral restreignant l'ouverture et l'agrandissement d'hôtels, du 24 juin 1949, R.O.L.F., 1949, page 1695.

(11) Loi Fédérale modifiant les dispositions relatives à l'imposition du tabac de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 1er février 1952, R.O.L.F., 1952, page 923.

(12) Ici, le risque est bien plutôt que les conditions auxquelles l'alinéa III de l'article 31 bis subordonne les dérogations à la L.C.I. ne soient pas réalisées en l'espèce. C'est là une question dont la présente étude n'a pas à s'occuper.

par la mesure elle-même, mais par les *conditions* imposées aux bénéficiaires (13).

Il va de soi que la Confédération peut faire dépendre toutes ses prestations de certaines conditions. Cette faculté est impliquée dans le pouvoir même d'encouragement (14). Les mesures d'encouragement ne se bornent jamais à soutenir des initiatives privées, elles cherchent toujours à réaliser un but que la Confédération estime d'intérêt général. Il est logique, dès lors, que l'Etat ne prenne une de ces mesures que lorsqu'il est assuré qu'elles serviront au but qu'il s'est assigné. Il ne dispensera aucune faveur, que le bénéficiaire n'adapte son comportement au but visé, c'est-à-dire, en l'espèce, qu'il ne remplisse les conditions qui lui sont imposées.

Ces conditions, auxquelles sont subordonnées les mesures d'encouragement, peuvent prescrire un comportement positif ou négatif. Mais, si la L.C.I. doit être respectée, leur contenu ne saurait être indifférent. Par exemple, il serait inadmissible d'attribuer à la Confédération le droit de fixer les prix, ou le volume de la production, en échange d'une mesure d'encouragement. Les mesures qui ne peuvent être instituées directement, à cause de leur incompatibilité avec la L.C.I., ne doivent pas non plus être introduites par le détour des

(13) Il ne faut pas confondre ces mesures de contrainte voilée avec les mesures de contrainte indirecte dont nous avons parlé auparavant. M. Redli (loc. cit.) semble n'avoir pas vu la différence, puisqu'il range parmi les mesures de contrainte indirecte les ordonnances sur les approvisionnements obligatoires (cf., par exemple, l'Arrêté du Conseil Fédéral sur la constitution de réserves de café, du 16 août 1950, R.O.L.F., 1950, page 799). A notre avis, il n'y a de contrainte indirecte que lorsque c'est l'*intensité* de la mesure qui amène un particulier à adopter tel comportement. Ainsi, la contrainte serait indirecte, si, par exemple, le succès de la politique d'approvisionnement n'était assuré que par une promesse de subvention à ceux qui constitueraient des stocks. Mais si, comme à l'exemple des ordonnances sur les approvisionnements obligatoires, la mesure est impérative de par sa nature même, il s'agit d'une contrainte directe. C'est, en effet, par contrainte directe que les entreprises de commerce en gros et d'industrie sont obligées de conserver des stocks déterminés de certaines denrées essentielles, puisque les autorisations d'importer ne leur sont délivrées que si elles s'engagent à maintenir un approvisionnement supplémentaire. Cette institution, dont la contrainte ne se présente pas ouvertement, peut être qualifiée de mesure de contrainte voilée. (La loi ne dit pas «chaque importateur est obligé de maintenir des stocks», mais elle dit «la délivrance d'une autorisation d'importer est soumise à la condition que le requérant s'engage à maintenir un stock»).

(14) S'agissant de subventions directes (cf., ci-dessous, pages 100—101), on peut même admettre que les conditions en sont un élément essentiel (cf. Schindler, pages 141 ss).

conditions de l'encouragement. «La Confédération ne peut acheter une compétence au moyen d'une subvention» (15).

Sans doute, répondra-t-on que nul n'est obligé d'accepter une mesure de faveur, ni, donc, de remplir les conditions imposées aux bénéficiaires. Si, néanmoins, il s'y soumet, il le fait volontairement, et c'est de son plein gré que sa liberté est restreinte. Une telle objection se réfute aisément. La garantie de la L.C.I. est une norme de droit public, qui limite *impérativement* les compétences de l'Etat en matière économique, et qui donne à l'individu la liberté inaliénable de déterminer lui-même son comportement économique (16). Personne ne peut renoncer de son chef à la L.C.I. Une renonciation volontaire, qui pourrait être considérée comme la contre-prestation des faveurs de l'Etat, est exclue. Peu importe, à cet égard, que le sujet de droit trouve plus d'avantages à bénéficier des mesures d'encouragement que d'inconvénients à perdre une part de sa liberté. Si telle est son opinion, elle montre simplement qu'il est dans une situation serrée, et que ce n'est pas «volontairement» qu'il se soumet aux conditions de l'encouragement.

Au sujet des subventions, qui constituent le cas principal des mesures de faveur, M. Schindler (17) écrit que les prescriptions relatives à l'usage approprié des subsides ne sont pas contraires à la L.C.I. Il entend, par là, que le principe de la L.C.I. ne doit pas être conçu d'une façon si étroite que soit refusé à la Confédération le droit élémentaire de subordonner ses prestations à l'accomplissement de certaines conditions. Mais, à notre avis, c'est aller trop loin. Evidemment, la Confédération doit pouvoir s'assurer que ses subsides seront employés conformément à leur destination. Cependant, tous les moyens ne sont pas admissibles. Parmi les conditions qu'elle impose, il en est qui ne sont pas compatibles avec la L.C.I. Tout dépend de leur contenu. On l'a vu, les prescriptions que l'Etat fédéral ne saurait édicter directement, ne peuvent non plus être introduites par la voie indirecte des conditions de l'encouragement, ni même de celles qui ont pour but d'assurer l'emploi raisonnable des subsides. Sinon, toutes les conditions pourraient être justifiées. Par exemple, quand la Confédération alloue une subvention à l'hôtellerie en vue d'un assainissement, elle légitimerait une interdiction de construire de nouveaux hôtels en disant que cette mesure garantit l'emploi raisonnable des subsides, et sert, ainsi, la politique d'assainissement.

(15) Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 155.

(16) Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 34.

(17) Page 179.

II. *La contrainte indirecte.*

1. Comme nous l'exposons plus haut, sous lettre A, chiffre II, il ne suffit pas, pour qu'elle soit compatible avec la L.C.I., qu'une mesure d'encouragement n'exerce aucune contrainte directe sur les particuliers. L'absence d'une contrainte directe, ouverte ou voilée (conditions d'encouragement), est évidemment indispensable. Mais il faut encore que le particulier ne subisse aucune limitation indirecte de sa liberté. Cet aspect du problème a déjà été envisagé. Voici, en résumé, ce dont il s'agit :

Du point de vue de l'individu, qui apprécie une mesure non d'après sa forme, mais d'après ses effets, il est indifférent qu'il y ait contrainte de droit ou «seulement» de fait. Dans les deux cas, la liberté est atteinte. La raison d'être de la L.C.I., qui est la garantie de la liberté économique de l'individu, n'est donc satisfaite que si la contrainte de fait, ou indirecte, est tenue pour une violation de la L.C.I. au même titre qu'une contrainte de droit.

Jusqu'à un certain point, toute mesure d'encouragement, bien entendu, s'accompagne d'une contrainte indirecte. Les branches et professions encouragées doivent toujours sacrifier une part de leur liberté : qui paie commande ! Mais la liberté des branches et professions qui ne bénéficient pas des mesures de faveur est également limitée : elles perdront de leur attrait au profit des entreprises bénéficiaires, ce qui revient à une atteinte au libre accès aux industries (1). Or, si toute mesure d'encouragement implique une contrainte indirecte, et qu'il existe, néanmoins, d'après les termes mêmes de la Constitution, des mesures d'encouragement qui se concilient avec la L.C.I., il est évident que seule une contrainte qui dépasse un certain degré d'intensité violera la L.C.I. Ce degré est franchi, nous l'avons vu (2), quand la branche soutenue tombe dans la dépendance effective de l'Etat, ou quand les branches non soutenues perdent toute possibilité d'existence.

Or ici, également, la Confédération n'a pas le droit de poursuivre par la voie détournée d'un encouragement intensif, un but qu'elle ne peut atteindre par le chemin direct des mesures politiques au sens étroit. Exemples : Si la Confédération n'est pas habile à édicter des prescriptions sur la répartition et l'emploi des capitaux, elle ne peut remédier à son incompétence en inaugurant une politique de subven-

(1) Cf., à ce sujet, ci-dessus, page 66.

(2) Ci-dessus, page 68.

tions si intense que l'afflux des subsides de l'Etat finisse par régler, en fait, cette répartition et cet emploi. Ou, si la Confédération n'est pas compétente pour interdire la fabrication du produit A, elle n'a pas non plus la faculté de faire échec à la vente de ce produit en favorisant, par des subventions, la fabrication du produit rival B (3). C'est un phénomène bien connu que, passé un certain point, les différences de quantité deviennent des différences de qualité.

2. Il en résulte que l'Etat fédéral doit user *avec retenue* du pouvoir d'encouragement que prévoit l'article 31 bis II. Puisque la Constitution garantit la L.C.I., la liberté économique est la règle, et l'intervention de l'Etat, qui la met toujours en danger, l'exception. Une mesure n'est compatible avec la L.C.I. que si sa nécessité s'impose même à une conception libérale, c'est-à-dire si le résultat qu'elle permet d'obtenir compense avantageusement l'inconvénient que représente toute atteinte à la liberté. En d'autres termes, c'est un *principe de proportionnalité* qui doit être observé. Ce principe nous dit que le pouvoir d'encouragement fédéral doit être employé sans excès, et que la limitation indirecte de la L.C.I. doit être réduite au minimum. Ainsi, la doctrine (4) est trop unilatérale, quand elle réserve la proportionnalité aux mesures policières et aux mesures politiques sensu stricto.

III. *Le traitement inégal des exploitations concurrentes.*

1. Sous lettre A, chiffre III, nous avons vu que, du principe de la L.C.I., il fallait déduire qu'il était interdit de traiter inégalement les sujets économiques ; qu'autrement dit la L.C.I. était respectée autant que l'égalité devant la loi était aussi observée. Toutefois, nous arrivions à la conclusion qu'en matière d'encouragement, l'égalité ne devait pas être comprise en son sens le plus général, mais ne se rapportait qu'aux exploitations *concurrentes* (1).

(3) De même, les impôts cantonaux industriels, qui, selon l'article 31 II, doivent respecter la L.C.I., ne doivent pas non plus, en grevant particulièrement certaines industries, servir des buts qui ne pourraient être atteints par la voie directe. Par exemple, si le colportage ne peut être interdit, il ne doit pas non plus être subordonné à une taxe prohibitive (cf., à ce sujet, Keller, pages 64 ss, 91—92).

(4) Par exemple, Marti, Handels- und Gewerbebefreiheit, pages 84, 106 ss, 160 ss ; Giacometti, Bundesstaatsrecht, page 304.

(1) Cf., ci-dessus, pages 70 ss.

(1a) «Exploitations concurrentes sensu stricto» et «exploitations concurrentes sensu lato». Ces mots délimitent les significations extrêmes qu'il est possible de donner au terme d'«exploitations concurrentes». Mais ils ne jouent pratiquement aucun rôle, ni dans la politique économique, ni dans le droit.

Il s'agit maintenant de délimiter le cercle des sujets économiques qui, étant en concurrence, doivent être traités également. C'est à celui qui dit le droit qu'incombe le soin de tracer la limite. Ce faisant, il devra être bien conscient que la notion d'exploitations concurrentes doit être prise dans un sens ni trop large ni trop étroit. *Sensu stricto* (1a), en effet, il n'existe à proprement parler aucunes «exploitations concurrentes», parce que, même à l'intérieur d'une seule branche économique, on ne rencontre jamais deux exploitations identiques. Localement, tout au moins, chacune a un caractère de monopole, et n'a aucune rivale. A entendre ainsi la notion d'exploitation, on enlèverait toute raison d'être au principe de l'égalité. *Sensu lato*, en revanche, toutes les exploitations sont concurrentes, ne fût-ce que pour les moyens de production (2). Dès lors, le principe de l'égalité deviendrait inapplicable, car une politique d'encouragement qui ne s'étendrait pas à toute l'économie avantagerait inévitablement un certain groupe aux dépens des autres, rompant ainsi l'égalité (3).

Il est donc bien clair que l'autorité chargée d'appliquer le droit se servira d'une notion de l'exploitation concurrente *qui ne tombe dans aucun de ces deux extrêmes*. Ce qui n'est possible, du reste, qu'au vu des circonstances de l'espèce. On ne décidera pas, ainsi qu'on pourrait le croire, d'après le genre de production de l'exploitation, mais d'après le *but* des mesures d'encouragement. Toutes les exploitations ont des caractères communs, et d'autres qui sont propres à chacune. Quand le législateur cherche à savoir quelles exploitations il doit traiter également — autrement dit, quelles exploitations sont concurrentes — il doit déterminer, parmi ces différents caractères, ceux qui sont essentiels au regard de telle mesure d'encouragement. Les exploitations dans lesquelles ces caractères se retrouvent sont concurrentes. Mais elles ne sont concurrentes que pour cette mesure d'encouragement. Par exemple, si la Confédération entend favoriser l'exportation des produits de l'industrie des machines, toutes les exploitations de ladite industrie qui ont de notables débouchés hors du pays sont concurrentes. C'est la vente à l'étranger qui est le critère déterminant. En revanche, la grandeur de l'exploitation, son chiffre d'affaires, sa forme juridique, etc., et même son programme de fabri-

(2) Cf. Küng, Subventionen, page 70.

(3) D'ailleurs, si l'égalité de traitement des sujets économiques doit être conçue comme une égalité de traitement de sujets concurrents, c'est bien parce que l'on part de l'idée que l'égalité n'a de sens, en notre matière, que si l'on considère, non pas l'ensemble, mais une fraction seulement de l'appareil économique (cf., ci-dessus, pages 69 ss).

cation sont indifférents. Ce programme n'a d'importance que si les mesures cherchent à favoriser une branche de production déterminée. Supposons que la Confédération encourage la vente des machines agricoles. Alors toutes les exploitations qui produisent de telles machines doivent bénéficier d'un traitement égal. Dans ce cas, notre notion de l'exploitation concurrente rejoint le sens ordinaire de ce terme.

2. L'égalité devant la loi sera violée et, avec elle, la L.C.I., toutes les fois que le législateur part d'un concept *trop étroit* de l'exploitation concurrente. Voilà qui est évident. Certaines exploitations seront exclues des mesures de faveur, alors que, présentant les caractères voulus, elles auraient pu prétendre en bénéficier (4). Ce qui, très souvent, constituera une grave violation de l'égalité devant la loi. En effet, les mesures de faveur produisent, ordinairement, des effets durables, dont les exploitations bénéficiaires seront seules à profiter. Elles affermiront considérablement leur situation sur le marché, au dépens des exploitations non bénéficiaires (5). C'est dire que le choix des bénéficiaires d'une mesure d'encouragement est de la plus haute importance pour l'avenir de l'égalité juridique et de la L.C.I.

3. Bien entendu, il ne suffira pas que la loi délimite correctement le cercle des bénéficiaires. Le postulat de l'égalité juridique n'exige pas seulement que toutes les exploitations concurrentes profitent d'une mesure d'encouragement donnée, il veut encore qu'elles en profitent toutes de la même façon. Ce qui ne serait pas le cas, si, par exemple, l'Etat fédéral dispensait son assistance selon des principes variables, retenant, dans une entreprise, le montant de son capital-actions, dans l'autre, le nombre de ses employés.

Il est vrai qu'à cet égard la règle souffre des exceptions. Si les concurrents se trouvent dans une situation réellement différente, la loi d'encouragement pourra prévoir l'usage de critères distincts. Lorsque le Tribunal Fédéral (6), se prononçant sur l'impôt glaronnais dit du minimum, est arrivé à la conclusion qu'il était inadmissible d'imposer certaines exploitations d'après leur bénéfice, et d'autres d'après leur

(4) Naturellement, un concept *trop large* de l'exploitation concurrente ne viole ni l'égalité juridique, ni la L.C.I. Sans doute, il amène à traiter semblablement des situations différentes, ce qui est aussi une sorte d'inégalité. Mais, puisque le principe de l'égalité ne vaut pas pour les exploitations non concurrentes, on ne saurait dire qu'il est violé.

(5) Cf., à ce sujet, Rutz, page 59.

(6) A.T.F. 61. I. 324.

chiffre d'affaires, cela ne signifie pas qu'il excluait dès l'abord, et par définition, toute discrimination (7). Il faut simplement que l'usage de critères distincts, pour les impôts industriels et les mesures d'encouragement, soit dicté par le principe même de l'égalité devant la loi. En revanche, des raisons économiques ne suffiraient pas. C'est ainsi qu'il ne serait pas possible d'user de mesures d'encouragement dans le but de mettre les exploitations concurrentes dans des situations identiques, c'est-à-dire d'aplanir les inégalités qui peuvent les séparer. Car ces inégalités proviennent de la liberté économique. Ce n'est donc pas au nom de la L.C.I. qu'on les supprimera. Et c'est bien pour cette seule raison que l'impôt glaronnais du minimum était inconstitutionnel. Cet impôt se proposait de compenser, au profit des concurrents, la supériorité économique dont jouissaient certaines entreprises : intervention que la règle de l'égalité juridique non seulement ne commandait pas, mais, bien au contraire, prohibait.

4. Les distinctions entre les lois d'encouragement *fédérales* et *cantoniales* — car les cantons, eux aussi, peuvent évidemment prendre des mesures économiques de faveur (8) — n'entraînent aucune inégalité de droit, car elles sont propres à la structure fédérative de la Suisse. Il en va de même des différences que les lois cantonales peuvent présenter entre elles (9).

5. Nous avons montré, antérieurement (10), que le principe de l'égalité devant la loi ne postulait pas le traitement égal de toutes les branches économiques, mais des seules exploitations concurrentes. C'était l'unique solution qui permit d'accommoder le pouvoir d'encouragement de l'article 31 bis II avec la règle de l'égalité. Mais ne nous y trompons pas : une telle solution revient à abandonner le principe d'une *égalité générale*. Entendu dans son sens général, comme il l'est à l'article 4 Cst., ce principe signifierait que tous les hommes doivent être également traités, et que seules des différences considérables justifient des discriminations (11). L'encouragement particulier de certains groupes sociaux, dicté par des motifs économiques, s'écarte de cet idéal, et crée un état où l'égalité n'est plus réalisée dans l'ensemble de la collectivité, mais uniquement à l'intérieur de ces groupes.

(7) On voit mal pourquoi MM. Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 249, et De Capitani, page 97, généralisent la solution fédérale, comme s'il s'agissait d'un arrêt, non d'espèce, mais de principe.

(8) Cf., à ce sujet, ci-dessous, pages 120 ss.

(9) Cf. Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 106.

(10) Cf. pages 70 ss et 80 ss.

(11) Cf. Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 159.

Il est vrai, et l'expérience le confirme, que, pour des raisons politiques, le législateur est généralement enclin à éviter les différences parmi les branches économiques particulières. S'il a, une fois, avantage l'une d'elles par certaines mesures (et ceci ne vaut pas seulement pour l'encouragement de l'article 31 bis II Cst.), il sera porté à faire bénéficier, dès qu'il en aura l'occasion, d'autres branches d'un traitement analogue. Nous avons toutefois constaté, en son temps, qu'une multiplication des mesures d'encouragement, dans le but d'assurer une égalité générale, mettrait en danger la L.C.I., et que, par conséquent, il convient de s'en abstenir. Il s'agit donc de savoir s'il n'existe, en effet, aucune possibilité de respecter l'article 4 Cst. en matière d'encouragement.

Répétons-le, il est logiquement impossible que les mesures de faveur instituent l'égalité devant la loi au sens général du terme. Quand de telles mesures doivent être prises, c'est qu'une atteinte à l'égalité générale est inévitable. Tout ce qu'on peut faire, alors, c'est d'*atténuer* les discriminations qu'elles entraînent. Il faut entendre, par là, que les mesures d'encouragement seront appliquées avec retenue, et seront limitées au strict nécessaire. Car, d'une part, moins elles seront nombreuses, et intenses, moins on sentira ce qu'elles ont de contraire à l'égalité générale. D'autre part, plus elles seront nécessaires, plus aussi elles seront justifiées (11a). Et, par conséquent, les branches économiques qui n'en bénéficient pas auront d'autant moins de raison de réclamer un semblable traitement. Donc, pour sauvegarder l'égalité juridique des citoyens, il conviendrait que l'Etat fédéral agisse au rebours de ce qu'il a fait jusqu'à maintenant. Notre règle sur l'usage proportionné des mesures d'encouragement, que nous avons énoncée, la première fois, à propos du respect de la L.C.I. (12), trouve ici une confirmation.

6. Il est permis de regretter que la Constitution n'ait pas préconisé plus clairement un usage proportionné des mesures d'encouragement. On eût ainsi évité des excès législatifs toujours possibles. Il est curieux, en particulier, que l'alinéa IV de l'article 31 bis, limitant la protection et la sauvegarde de l'alinéa III, a et b, aux seules branches économiques et professions qui auront pris les mesures d'entr'aide qu'on pouvait équitablement exiger d'elles, ne se rapporte pas également à l'encouragement de l'alinéa II. De la sorte, la politique d'en-

(11a) Cf., ci-dessous, page 95.

(12) Cf., ci-dessus, page 80.

couragement fédérale se serait bornée aux entreprises qui n'auraient pas été capables d'assurer elles-mêmes leur propre existence.

Toutefois, l'inapplicabilité de l'alinéa IV aux mesures de faveur de l'alinéa II n'aura peut-être pas des conséquences trop graves. La politique d'encouragement est subsidiaire. Au regard de l'article 31, le point n'est pas douteux. C'est pourquoi, en général, il faudra que les branches économiques et les professions qui demandent un encouragement établissent, elles aussi, avant d'en pouvoir bénéficier, qu'elles ont pris les mesures d'entr'aide qu'on pouvait équitablement exiger d'elles. Si l'alinéa IV de l'article 31 bis ne se réfère qu'aux interventions étatiques contraires à la L.C.I., c'est parce que le constituant, ainsi qu'on l'a déjà vu (13), sous-estimait la portée de l'alinéa II et, en particulier, la menace qu'il représentait, lui aussi, pour la L.C.I. S'il avait eu, à ce sujet, des idées plus claires, on peut admettre qu'il aurait étendu à la politique d'encouragement la limitation de l'alinéa IV (14).

§ 2. La sauvegarde des intérêts généraux de l'économie nationale.

- I. 1. «Tout en sauvegardant les intérêts généraux de l'économie nationale, la Confédération peut édicter des prescriptions sur l'exercice du commerce et de l'industrie et prendre des mesures en faveur de certaines branches économiques ou professions». Cela signifie tout d'abord que la Confédération ne peut édicter des *prescriptions* (de caractère policier) qu'en ayant égard aux intérêts généraux de l'économie nationale. Mais, afin de dissiper le moindre doute, le rapporteur au Conseil des Etats a pris la peine de préciser que les *mesures* d'encouragement (de nature politique) étaient, elles aussi, subordonnées à la même condition (1).

(13) Ci-dessus, pages 51 ss.

(14) Cette extension de l'alinéa IV aux mesures de l'alinéa II se justifie, de surcroît, par des raisons d'*économie financière* quand l'encouragement met en jeu les deniers de l'Etat. Le Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale concernant les économies à faire dans le domaine des subventions fédérales, du 19 mai 1953 (F.F. 1953, II 469 ss), souligne que des subventions ne seront allouées que si elles sont, non seulement justifiées, mais encore indispensables. Il serait absurde d'accorder un secours qui ne serait pas absolument nécessaire. «Eu égard à ses difficultés financières, la Confédération doit pouvoir admettre que les intéressés chercheront à se tirer eux-mêmes d'affaire, autant que le permettent les circonstances» (page 505). «Ces mesures prises par l'économie elle-même représentent, en tant qu'on peut les attendre des milieux intéressés, le meilleur moyen de limiter les dépenses occasionnées par les subventions» (page 500).

(1) B.S. 1939, C.E., page 384.

2. Toute la politique économique de l'Etat trouve sa raison d'être, et sa limite, dans la considération du bien commun.

Elle y trouve, premièrement, sa *raison d'être*. A ce sujet, observons que l'article 31 Cst. est la base du droit économique suisse, et que les interventions de l'Etat ne sont — juridiquement, tout au moins — que des exceptions (2). Ces exceptions ne se justifient que lorsqu'elles répondent à un principe plus élevé encore, qui est celui du bien commun. C'est ainsi que, dans un ordre économique dont le principe est la liberté, l'Etat n'est fondé à intervenir qu'autant qu'il sert les intérêts de la collectivité. Ce point de vue supérieur est également, en dernière analyse, le seul qui légitime la politique d'encouragement de l'article 31 bis II Cst. (3).

C'est dans la même considération du bien commun que la politique économique de l'Etat trouve, secondement, sa *limite*. Pour qu'une intervention étatique soit admissible, il faut qu'elle paraisse commandée par l'intérêt général. Et cet intérêt général s'apprécie, évidemment, en tenant compte de l'ordre de valeur libéral qui est celui de la Constitution.

3. On remarquera, cependant, que l'alinéa III de l'article 31 bis est seul à parler de l'«intérêt général», tandis qu'à l'alinéa II, il est question des «intérêts généraux de l'économie nationale». S'agit-il, dans chacun des deux alinéas, d'une limite différente ?

La doctrine dominante (4) est d'avis que les deux formules ont un contenu distinct. Elle déclare que l'«intérêt général» de l'alinéa III va plus loin que les «intérêts généraux de l'économie nationale» de l'alinéa II, car il comprend, outre des intérêts économiques, des intérêts politiques généraux. Mais cette interprétation est contestable. Nous allons montrer que les intérêts généraux de l'économie nationale coïncident tout à fait avec l'intérêt général. Car ils ne s'identifient pas, ainsi que l'admet visiblement la doctrine dominante, avec l'intérêt, de pure économie, qu'il y a à augmenter au maximum la production des biens. Ils englobent, au surplus, ces intérêts que l'on qualifie de «politiques». Donc ils ont la même portée que l'«intérêt général» de

(2) Cf. Nef, *Der richterliche Schutz*, page 195.

(3) Il en va de même des restrictions à la liberté contractuelle. La liberté contractuelle est le principe. Sont seules justifiées des exceptions qui s'expliquent par la considération des intérêts de la collectivité.

(4) Par exemple, Giacometti, *Handels- und Gewerbefreiheit*, page 183 ; Marti, *Handels- und Gewerbefreiheit*, page 166 ; Schürmann, *Rechtliche Tragweite*, page 58, etc.

l'alinéa III. Autrement dit, ce sont les mêmes intérêts supérieurs qui servent de limite aux mesures des alinéas II et III.

4. Examinons, pour commencer, les *Travaux préparatoires*. Il en ressort clairement que les intérêts généraux de l'économie nationale doivent être entendus dans un sens très large. Rien ne permet de conclure, comme le fait la doctrine dominante, à une différence de notion entre les alinéas II et III. Au contraire. Dans le Message I, de 1937 (5), le Conseil Fédéral disait, au sujet de ces deux paragraphes (alors I et II de l'article 32) : «Le deuxième alinéa emploie l'expression 'en sauvegardant les intérêts généraux'. Il faut considérer ces termes comme une simple abréviation ; en réalité, cette expression a la même signification que celle du premier alinéa». Or le premier alinéa avait un contenu semblable à celui de notre actuel article 31 bis II : il y était question de l'«intérêt d'une saine économie nationale».

Les Chambres étaient du même avis. Voici comment le rapporteur parlait au Conseil des Etats de l'article 31 bis II (actuel III) (6) : «Quoi qu'il en soit, une mesure d'intervention ne saurait jamais être prise qu'à la condition qu'elle s'inscrive dans le cadre des 'intérêts durables de l'économie nationale'. Même si l'alinéa II (actuel III) ne porte que les mots 'intérêt général', il n'y faut voir qu'un raccourci rédactionnel. Pour le sens, l'expression est identique à celle de l'alinéa I (actuel II)». — Telle est l'opinion qu'on peut, à bon droit, attribuer au constituant. Car aucun point de vue dissident n'a été défendu et les textes ici discutés n'ont plus subi, au cours des délibérations ultérieures, de changements notables.

De fait, on se convaincra du peu d'importance des modifications rédactionnelles ultérieures quand on remarquera que la tournure «lorsque l'intérêt général le justifie», de l'actuel alinéa III, a subsisté depuis le premier stade des délibérations, et qu'elle ne diffère même pas sensiblement, dans son contenu, de la première version du Conseil Fédéral («en sauvegardant les intérêts généraux»).

La clause d'intérêt de l'article 31 bis II offre également un exemple de stabilité. Quand même elle a revêtu, tour à tour, trois formes, réservant «l'intérêt d'une saine économie nationale» dans le Projet de 1937, «les intérêts permanents de l'économie nationale» dans l'Arrêté Fédéral du 21 septembre 1939, et, depuis 1945, jusqu'à l'adoption du texte définitif, «les intérêts généraux de l'économie nationale», il

(5) Page 883.

(6) B.S. 1939, C.E., page 31.

s'agissait toujours de la même idée : la sauvegarde des intérêts généraux d'une saine économie.

On le voit, les changements furent assez insignifiants pour qu'il soit permis de considérer le point de vue du Conseil Fédéral (cf. note 5) et du Conseil des Etats (cf. note 6) comme la véritable opinion du constituant : les intérêts généraux de l'économie nationale s'identifiaient avec l'intérêt général. Et même, on peut dire que les quelques modifications de texte corroborent cette interprétation. Car elles n'avaient d'autre but que de souligner davantage l'acception large des mots «intérêts de l'économie». C'est ainsi que le mot «sain», de l'expression «l'intérêt d'une saine économie nationale», fut abandonné dans l'idée qu'il était rendu inutile par la tournure «les intérêts permanents de l'économie nationale» (7). Et, si la notion de durée rendait mieux l'ample portée des intérêts économiques, la substitution de «général» à «permanent», lors de la seconde phase des délibérations, en 1945 (8), signifiait une nouvelle amélioration.

Le recouvrement des deux expressions de l'alinéa II et de l'alinéa III, dont on a trouvé des indices dans les Travaux préparatoires, fera maintenant l'objet d'une démonstration plus détaillée.

5. a) *L'interprétation littérale.* De prime abord, cette méthode semble donner raison à la doctrine dominante. L'article 31 bis II, en ne mentionnant que les intérêts de l'économie, n'inclut apparemment pas l'intérêt général dans sa totalité. A quoi l'on objectera que l'ancien article 34ter («La Confédération a le droit de statuer des prescriptions uniformes dans le domaine des arts et métiers») ne contenait aucune réserve d'intérêt ; et que, pourtant, on n'a jamais pensé qu'il pût être mis en œuvre sans qu'on prît en considération certains intérêts supérieurs (9). Au contraire, on a toujours admis que la Confédération, quand elle usait de sa compétence, devait tenir compte de l'intérêt général (10). En d'autres termes, le respect de l'intérêt général peut très bien être sous-entendu dans une norme constitutionnelle. Par conséquent, il n'est pas téméraire de lire, entre les lignes de l'actuel article 31 bis II, à côté de la clause écrite des intérêts de l'économie, la réserve tacite de l'intérêt général. Ce qui, si l'on préfère, revient à interpréter extensivement la clause écrite. L'opposi-

(7) Le Conseil National (B.S. 1938, C.N., page 351) biffait le mot «sain» dans le texte français, et, un peu plus tard, le Conseil des Etats (B.S. 1938, C.E., page 536) abandonnait aussi l'expression «gesund» dans le texte allemand.

(8) B.S. 1945, C.N., page 517.

(9) Sinon, l'article 2 Cst. aurait été violé. Cf. Germann, page 467.

(10) Cf. B.S. 1924, C.E., page 210 ; Germann, page 467.

tion formelle des intérêts de l'économie (alinéa II) à l'intérêt général (alinéa III) n'y change rien. On n'en peut déduire aucune différence quant au fond. Au contraire, la genèse de l'article 31 bis a bien plutôt montré que la dissemblance des formules est de nature purement rédactionnelle.

b) *L'interprétation téléologique.* Un des propos essentiels de la revision était d'affermir la structure de l'économie. Or l'économie était, avant tout, composée de petites et de moyennes exploitations (11). Si maintenant les intérêts généraux de l'économie nationale étaient de nature purement économique, il en faudrait conclure que l'Etat fédéral ne peut pas toujours favoriser les petites et les moyennes exploitations, comme il le voudrait, car ce serait, assez souvent, peu raisonnable, et, par conséquent, peu économique. En revanche, l'encouragement des grandes exploitations serait constitutionnel, car il servirait les intérêts de l'économie. Mais, répétons-le, nous avons déjà vu, en parlant des branches économiques et des professions, que l'intention du constituant était de protéger les petites et moyennes exploitations contre les grandes (12). Donc, en limitant à l'économique la réserve de l'alinéa II, on rendrait illusoire un des buts principaux du pouvoir d'encouragement.

c) *L'interprétation systématique.* D'après l'article 31 bis I, qui trace un programme (13), l'encouragement à l'économie doit augmenter le bien-être général et procurer la sécurité économique des citoyens. Ce qui n'est, toutefois, pas exhaustif. C'est ainsi que l'article 2 Cst., qui n'institue, à vrai dire, aucune compétence, mais qui, en donnant des directions générales, prend une certaine importance dans tout problème d'interprétation, mentionne encore, par exemple, la protection de la liberté et des droits des confédérés. Ce dont la Confédération ne saurait faire abstraction quand elle poursuit ses tâches économiques. En d'autres termes, la politique économique de l'Etat ne doit pas se développer en vase clos, mais elle doit s'intégrer dans un cadre plus large. Il ne suffirait pas, à l'article 31 bis II, de ne considérer que les exigences de l'économie. La Confédération doit respecter l'intérêt général dans toute sa politique économique, et non pas seulement lorsqu'elle use des compétences que lui donne l'article 31 bis III.

d) *L'interprétation tirée de l'idée de base du constituant.* On n'est jamais sûr d'une interprétation de la Constitution qu'une fois que

(11) Cf., ci-dessus, page 41, en particulier note 1.

(12) Cf., ci-dessus, pages 41 ss.

(13) Nef, Handels- und Gewerbefreiheit, fiche 620, lettre A.

l'on a «confirmé le résultat obtenu en le confrontant avec l'idée de base du constituant» (14). C'est donc à cette idée qu'il convient de remonter présentement. Et l'idée est la suivante : En règlementant les articles économiques, le constituant a toujours eu dans l'esprit un ordre dont la liberté et la responsabilité personnelle fussent les piliers. L'Etat ne doit intervenir dans la marche de l'économie que si cette intervention est imposée par des motifs tirés de la politique générale. Et c'est pourquoi la compétence de prendre des mesures contraires à la L.C.I. est soumise à l'intérêt général. Mais cette idée, que l'Etat doit en principe s'abstenir, s'étend également aux mesures qui n'impliquent aucune contrainte. En effet, la responsabilité personnelle de l'individu, qui, à côté de la liberté, garde une valeur indépendante (15), est mise en cause par toutes les mesures économiques de l'Etat. Il serait certainement contraire à l'idée du constituant d'éliminer indirectement cette responsabilité personnelle au moyen de la politique d'encouragement. Cet encouragement n'est donc admissible que lorsque des intérêts publics prépondérants le justifient. Et alors, ces mêmes intérêts lui fixent des limites.

6. L'interprétation large que nous venons de donner des intérêts généraux de l'économie nationale entraîne les *conséquences* suivantes (16).

Tout d'abord, disons-le, une fois de plus, elle limite le pouvoir d'encouragement. Il ne suffira pas de sauvegarder les intérêts économiques. Si les mesures prévues se heurtent à de graves objections de nature sociale, militaire, fiscale, etc., il y faudra peut-être renoncer. En d'autres termes : Même si l'encouragement d'une branche économique est propre à augmenter le bien-être général, il ne devra pas être mis en œuvre quand des raisons politiques plus importantes s'y opposent.

Ensuite, il peut résulter de la pesée des intérêts en présence qu'une mesure d'encouragement sera admissible, même si elle est condamnable du point de vue économique. Donc, en fait, il peut arriver qu'une mesure fondée sur l'article 31 bis II soit contraire aux intérêts économiques ! Toute paradoxale qu'elle est, cette conclusion ne prouve pas que notre exégèse soit erronée. Car elle ne fait que consacrer, avec plus de précision peut-être, ce que la jurisprudence a toujours reconnu. Il y a longtemps déjà que l'Etat, s'inspirant d'une

(14) Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, page 138.

(15) Cf., par exemple, Message I, page 852 ; B.S. 1937, C.N., page 294.

(16) Cf., pour la suite, Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 166.

conception unitaire de la société, poursuit, dans le cadre de la politique économique, des buts tels que la défense de l'indépendance nationale ou le maintien de la population paysanne, etc., qui ne sont pas compatibles, tout au moins à courte échéance, avec l'élévation au maximum de la production nationale (17).

7. Voyons maintenant de plus près ce que le constituant appelle les «intérêts généraux de l'économie nationale». C'est là une notion complexe, qu'on n'a jamais délimitée exactement (18). Les délibérations ne révèlent pas grand'chose à ce sujet. Ce qui s'explique. «Intérêts publics», «intérêt général», «intérêts d'économie nationale» sont, par nature, des concepts fluctuants. L'évolution intellectuelle et économique les transforme constamment. On les apprécie différemment selon les époques (19). Le constituant ne l'ignorait pas. C'est pourquoi il préféra ne pas trop détailler la portée de la clause générale. Il ne voulait pas arrêter définitivement une signification qui, au contraire, devait pouvoir s'adapter aux variations du droit et de l'économie. C'est bien ce que disait, lors des secondes délibérations, de 1945, le rapporteur au Conseil des Etats (20) : «Est-il suffisant que chacun comprenne de quoi il s'agit, ou est-il préférable de dire exactement la portée de cet intérêt général ? Aucun des parlementaires qui se sont penchés sur les problèmes de l'article 31 bis n'a eu le désir ou la curiosité de poser une question. Peut-être est-il préférable de ne pas limiter les possibilités de l'avenir et d'empêcher ultérieurement qu'une action salvatrice ne puisse être décidée par la Confédé-

(17) Cf. Jöhr, page 624.

(18) M. Schöpfer, rapporteur au Conseil des Etats lors des délibérations de 1938/1939, en fit toutefois l'essai (B.S. 1938, C.E., page 478). Il déclara : «Par intérêt général, il faut entendre le contraire de l'intérêt privé. Ce qui permet de dire que, lorsqu'une large part de notre population, telle que les paysans ou la classe moyenne, est en difficulté, l'intérêt général en souffre. Je déclare donc expressément au procès-verbal que l'intérêt général est la contre-partie de l'intérêt privé, et que, lorsque par exemple les paysans, ou la classe moyenne, ou d'autres couches importantes de notre population sont en souffrance, on peut dire : L'intérêt général exige qu'elles soient soutenues».

Mais le texte même de l'article 31 bis III montre que cette définition est fautive. Car ce paragraphe ne donne à la Confédération le pouvoir de prendre des mesures en faveur de branches économiques importantes, que si l'intérêt général le justifie. Ce qui signifie que les difficultés que rencontrent les paysans, ou la classe moyenne, ou d'autres couches de la population ne légitiment pas, à elles seules, une intervention protectrice : il faut encore établir que cette intervention est conforme à l'intérêt général.

(19) Cf. Ruck, Verwaltungsrecht, volume I, page 16.

(20) B.S. 1945, C.E., page 197.

ration par suite d'une exégèse restrictive de la notion intérêt général. Laissons donc, nous aussi, la porte ouverte, en espérant que l'on n'ait pas plus tard à le regretter».

Par conséquent, notre exposé ne saurait non plus prétendre donner une définition détaillée des intérêts de l'économie. Il appartiendra au législateur de décider, de cas en cas, si une mesure d'encouragement correspond aux intérêts généraux de l'économie nationale. Cependant, les Travaux préparatoires lui donnent quelques *directions* :

a) Les intérêts généraux s'opposent aux *intérêts privés* (21). L'intérêt unilatéral d'une branche économique ou d'une profession ne saurait motiver une politique de faveur. Evidemment, on conçoit fort bien que les intérêts généraux se recouvrent avec les intérêts privés (22), mais on doit se garder de les identifier. Il est faux de prétendre que le bien commun soit la somme des avantages particuliers de toutes les branches économiques. Ce disant, on oublierait qu'un groupe économique n'est jamais encouragé qu'au détriment des autres groupes, et qu'on ne peut manifestement pas favoriser toutes les branches économiques à la fois. «Si tous les Suisses devaient subventionner tous les Suisses, le système se détruirait lui-même complètement» (23). Ou, pour parler comme M. Saitzew (24), «vouloir protéger ou encourager chacun également et simultanément revient à vouloir accorder un privilège à chacun, ce qui est une contradiction dans les termes» (25).

(21) B.S. 1938, C.E., page 478 ; 1939, C.E., page 42. Marti, Handels- und Gewerbebefreiheit, page 166.

(22) Ce qui, juridiquement, est sans importance, car seule la conformité à l'intérêt général est déterminante (cf. Germann, page 467).

(23) B.S. 1945, C.N., page 529 (Speiser).

(24) Page 341.

(25) Puisque l'encouragement n'est jamais dispensé dans l'intérêt des particuliers, mais uniquement dans l'intérêt de la collectivité, il en faut conclure que, s'il nécessite une contribution financière de la Confédération, elle devra être couverte non par une source de revenu spéciale (telle que les caisses de compensation, qui ne sont alimentées que par une partie de l'économie nationale), mais par le produit des impôts généraux. Lorsque fut discuté l'Arrêté Fédéral du 22 juin 1949, tendant à encourager les coopératives de cautionnement des arts et métiers (R.O. L.F., 1949, page 1761), dont la base constitutionnelle était précisément l'article 31 bis II, M. Ackermann, le rapporteur au Conseil des Etats, releva avec pertinence (B.S. 1949, C.E., page 116) : «Ce n'est pas aux seules organisations professionnelles qu'il faudra demander les moyens nécessaires, car l'activité des coopératives de cautionnement ne sert pas tellement les intérêts des exploitations existantes (qui, bien au contraire, désirent plutôt une diminution du nombre des entreprises), mais plutôt celui de l'Etat, qui aimerait développer le plus grand nombre possible d'exploitations indépendantes et viables».

b) Les intérêts de l'article 31 bis II sont ceux de l'*économie nationale considérée dans son ensemble*. Tandis que le texte français a parlé, dès le début, de l'«économie nationale», le Conseil des Etats a introduit le mot «suisse», dans le texte allemand (26). Cette adjonction s'explique par le fait que la première version du Conseil des Etats (1938) habilitait non seulement la Confédération, mais encore les cantons, à prendre des mesures d'encouragement. Il était donc indiqué d'obliger expressément les cantons à considérer les intérêts de l'ensemble de l'économie suisse. Comme, aujourd'hui, les cantons ont été biffés du texte constitutionnel, cette obligation ne concerne plus que l'Etat central.

Par conséquent, la réserve des intérêts généraux de l'économie nationale ne prend tout son sens que lorsque la Confédération encourage des branches économiques et professions qui ne s'étendent pas sur tout le territoire de la Suisse, mais qui se concentrent dans certaines régions. Plus une branche est localisée, plus il sera difficile de prouver que les intérêts généraux de l'économie suisse sont sauvegardés.

Il importe de ne pas perdre de vue qu'une branche particulière n'est jamais encouragée qu'aux dépens du reste de l'économie, et qu'une politique de faveur ne doit jamais être poussée si loin, que ses inconvénients surpassent ses avantages. Or, dans un pays qui, comme le nôtre, dépend de ses exportations, ces inconvénients sont particulièrement dangereux. Les mesures d'encouragement occasionnent des dépenses, qui entraînent une augmentation des charges fiscales, et, par conséquent, un accroissement du prix de revient. Quelque important qu'il puisse être de favoriser, par exemple, l'agriculture, à l'aide des deniers publics, il conviendra donc de veiller que la Suisse ne soit pas désavantagée sur les marchés mondiaux.

c) On a relevé, au Conseil des Etats (27), que la réserve des intérêts généraux ne signifiait pas que tous les citoyens, jusqu'au dernier, fussent intéressés à la réalisation d'une intervention économique. Ce qui importe, ce n'est pas la quantité, mais la *qualité* des intérêts, c'est-à-dire la mesure dans laquelle ils coïncident avec le bien de la collectivité. Il en est de l'article 31 bis II comme de l'article 23 Cst. Il n'est pas indispensable que les interventions «intéressent la Suisse» ; il suffit parfois qu'elles profitent à «une partie considérable du pays».

(26) B.S. 1938, C.E., page 535.

(27) B.S. 1938, C.E., page 478.

Les intérêts mis en cause revêtent l'importance qualitative nécessaire quand ce sont ceux des branches économiques et des professions qui ont une incidence déterminante sur la prospérité commune. Par exemple, les industries d'exportation sont encouragées, parce que ce n'est pas là l'intérêt de quelques branches économiques seulement, mais c'est une nécessité vitale pour le pays tout entier.

Puisque la quantité des intérêts n'est pas décisive, il en résulte que le point de vue du contribuable ne primera pas toujours celui du bénéficiaire d'une subvention. Sinon le pouvoir d'encouragement serait rendu totalement illusoire, les contribuables formant évidemment une majorité. Il en va de même de l'opposition qui existe entre les producteurs et les consommateurs (28).

d) Il ne faut pas que l'intérêt soit seulement passager et occasionnel (29). C'est ce que le premier Projet du Conseil Fédéral, dans l'article 32 I (actuel article 31 bis II), postulait expressément: «En tant que l'intérêt d'une saine économie nationale le commande de façon continue». L'Arrêté Fédéral du 21 septembre 1939 n'était pas moins précis, quand il réservait les «intérêts *permanents*» de l'économie nationale. Aujourd'hui, l'idée de durée est contenue dans l'adjectif «général».

Cette exigence d'un intérêt durable, ou à long terme, correspond à notre thèse, selon laquelle «les intérêts généraux de l'économie nationale» ne sont pas de nature économique seulement. Car, à long terme, il peut être avantageux à l'économie que l'Etat s'inspire également de considérations tirées de la défense nationale et du maintien de la classe moyenne.

C'est ainsi que la Confédération serait en droit d'encourager la production indigène de certaines matières premières, quand même elle ne serait pas rentable : des raisons d'ordre militaire ne heurtent aucunement les intérêts durables de l'économie nationale.

8. Nous avons constaté, auparavant (30), que le principe de la L. C.I. postulait un usage proportionné des mesures de faveur. Mais cette règle de la proportionnalité se déduit aussi de la réserve des intérêts généraux. Un recours excessif à la politique d'encouragement menacerait l'initiative privée, provoquerait la création de monopoles (31), mènerait bien vite à un état où les groupements d'inté-

(28) Sur cette opposition, cf. B.S. 1938, C.N., pages 352 et 362.

(29) Cf. B.S. 1938, C.E., page 535.

(30) Cf. ci-dessus, pages 80 et 84.

(31) Cf. Küng, *Einzelinteresse und Gesamtinteresse*, page 303.

rêts font la loi (32), et finirait par mettre en danger la liberté et la démocratie elles-mêmes (33). Or point n'est besoin de démontrer que le maintien de la liberté et de la démocratie est dans l'intérêt de l'économie nationale.

Quoique la Constitution ne se fonde pas sur le libéralisme classique, pour qui l'absence de toute mesure de faveur est la meilleure défense des intérêts généraux (34), elle n'en fait pas moins de la liberté et de la responsabilité personnelle la règle, des interventions étatiques l'exception. La politique économique de l'Etat doit avoir un caractère subsidiaire, si l'on veut que les intérêts généraux de l'économie nationale soient vraiment garantis (35). Autrement dit, il ne suffit pas qu'une mesure de faveur soit seulement admissible : l'Etat ne la prendra que si elle est *nécessaire* (36) (37). Les sujets économiques ne doivent bénéficier que de l'encouragement qui leur est indispensable. De même qu'à l'article 31 quinquies Cst., la Confédération ne doit pas chercher à établir le plein emploi par tous les moyens, mais doit seulement prévenir, ou combattre, un chômage excessif (38), de même elle ne saurait invoquer l'article 31 bis II afin de susciter artificiellement une haute conjoncture.

- II. 1. Nous avons vu que l'expression «Tout en sauvegardant les intérêts généraux de l'économie nationale» va moins loin, apparemment, que sa portée réelle, et qu'elle doit être interprétée de manière extensive. Mais, comme c'est toujours le cas lorsque le texte n'est pas exact, on peut craindre que le législateur n'élucide insuffisamment la volonté du constituant, et que, par conséquent, il édicte des lois inconstitutionnelles. Ce qui est d'autant plus regrettable que non seulement l'article 113 III Cst. s'oppose à tout contrôle judiciaire, mais

(32) Cf. Böhm, *Wirtschaftsordnung*, page 404.

(33) Cf. B.S. 1945, C.N., page 529 (Speiser).

(34) D'après le libéralisme classique (dans sa forme la plus simple), l'interpénétration des intérêts individuels entraîne «automatiquement» un résultat favorable à l'intérêt général. En conséquence, une intervention de l'Etat ne pourrait être que nuisible (cf., par exemple, Homburger, page 274).

(35) Ordinairement, la doctrine ne consacre, à tort, la subsidiarité de la politique économique de l'Etat que pour les mesures qui dérogent à la L.C.I.

(36) A vrai dire, quand les intérêts généraux de l'économie nationale nécessitent une mesure d'encouragement, la Confédération n'a pas seulement la faculté, mais aussi, pratiquement, l'obligation de la prendre, ainsi que nous l'observions plus haut (page 33).

(37) Le Conseiller aux Etats Iten avait souligné cette différence (B.S. 1939, C.E., page 34), mais elle ne fut pas discutée lors des délibérations ultérieures.

(38) Cf. De Capitani, pages 53/54.

encore que le referendum facultatif n'offre aucune protection véritable dans le cas ordinaire des subventions. En effet, quoique le bénéficiaire ait seul un intérêt direct à une mesure de faveur inconstitutionnelle, les autres branches n'ont guère avantage à la combattre ; elles n'en ont, d'ailleurs, nulle envie, sachant que, si elles désirent profiter une fois, à leur tour, des secours de l'Etat, elles doivent rester unies (1). En outre, c'est une tâche ingrate que de lancer un referendum pour des motifs d'ordre purement constitutionnel.

Le danger qu'une loi d'encouragement soit contraire à la Constitution est encore accru par le fait que, selon l'article 32 III, les *groupements économiques* intéressés sont consultés lors de son élaboration (2). Car, de par leur but même, ces groupements dépendent des intérêts privés. Sans doute, ils essayent, dans les commissions d'experts, ou dans les mémoires qu'ils rédigent, de faire admettre que leurs revendications sont conformes au bien commun, mais ils ne sauraient contester leur caractère unilatéral. Et comme ils tentent presque toujours d'obtenir une situation prépondérante dans l'économie nationale, indépendamment de leur importance numérique (3), il se pourrait bien qu'ils se déterminent au mépris des intérêts généraux. C'est donc l'influence du Conseil Fédéral et de l'Assemblée Fédérale qui doit prédominer, car ce sont eux seuls qui défendent vraiment les intérêts généraux de l'économie nationale.

2. Nous avons aussi noté (4) que la politique d'encouragement devient très délicate dès l'instant qu'il s'agit de respecter la L.C.I. La frontière entre les mesures conciliables avec la L.C.I. et celles qui lui sont contraires est assez floue. Il y a donc lieu de craindre que la Confédération ne fasse un usage excessif de son pouvoir d'encouragement, et que, peu à peu, elle ne sape la L.C.I. Or c'est là un danger que la réserve des intérêts généraux ne contribue nullement à diminuer. Par sa rédaction, cette réserve est peu propre à remplir son rôle de limite. Il devient d'autant plus ardu de savoir quand une mesure d'encouragement est constitutionnelle.

(1) Sur cette politique du «do ut des», cf. Schindler, page 84.

(2) Article 32 III Cst.: «Les groupements économiques intéressés seront consultés lors de l'élaboration des lois d'exécution...»

(3) Cf., à ce sujet, les détails que donne M. Eichenberger, pages 215 ss et 233 ss.

(4) Pages 54 ss.

CHAPITRE SEPT

Le contenu des mesures d'encouragement

1. Jusqu'à maintenant, nous nous sommes attachés au problème de la constitutionnalité des mesures d'encouragement. Et voici les résultats auxquels nous sommes arrivés :

— Les mesures d'encouragement ne doivent pas limiter, par la contrainte, le droit qu'a chaque particulier de choisir, puis d'exercer librement, une activité lucrative (1).

— La contrainte indirecte qui, jusqu'à un certain degré, est inévitablement attachée à toute mesure d'encouragement, ne doit jamais être si intense qu'elle en fasse l'équivalent d'une prescription impérative (2).

— Les mesures d'encouragement doivent respecter le principe de l'égalité devant la loi, c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas provoquer de discriminations entre les exploitations concurrentes (3).

— Enfin, les mesures d'encouragement doivent être conformes aux intérêts généraux de l'économie nationale, intérêts qui ne sont pas de nature économique seulement (4).

2. On pourrait, présentement, se demander quelles mesures remplissent ces conditions, autrement dit quelles mesures concrètes peuvent être prises dans le cadre de l'article 31 bis II. Mais ce serait mal poser le problème. On comprend aisément qu'il n'existe pas de mesure d'encouragement qui soit définie de telle façon qu'on n'éprouve aucun doute sur

(1) Ci-dessus, pages 62 ss et 72 ss.

(2) Ci-dessus, pages 64 ss et 79 ss.

(3) Ci-dessus, pages 68 ss et 80 ss.

(4) Ci-dessus, pages 85 ss.

sa constitutionnalité, — alors qu'à l'inverse, ainsi qu'on l'a vu (5), il y en a dont on peut dire, d'emblée, qu'elles sont inconstitutionnelles. En effet, puisque c'est l'intensité d'une mesure, et ses conséquences, qui indiquent si elle est admissible (6), il ne sera possible de trancher la question qu'après avoir examiné chaque cas particulier. Si telle mesure demeure en deçà des bornes qui viennent d'être tracées, elle est constitutionnelle, quel qu'en soit le contenu.

Suffit-il vraiment, demandera-t-on, que les mesures d'encouragement remplissent les conditions énumérées sous chiffre 1 ? De fait, le constituant avait bien l'intention d'accorder au législateur la compétence la plus large possible. Il entendait aussi créer une base constitutionnelle pour des hypothèses qui, en 1947, n'étaient pas encore actuelles, ni même, parfois, prévisibles. Cette extension considérable du pouvoir d'encouragement trouvait un correctif dans la double réserve de la L.C.I et des intérêts généraux. On a dit, au Conseil National (7) : «Ce qu'il faut comprendre, en particulier, par encouragement dépend de la branche économique dont il s'agit, et de la situation où elle se trouve». C'est dire qu'on ne saurait délimiter, d'avance, le contenu possible des mesures de faveur.

3. Dans un autre ordre d'idées, il arrive aussi qu'une mesure ne puisse être fondée sur l'article 31 bis II Cst., parce qu'une base constitutionnelle différente lui est réservée. C'est le cas, par exemple, pour certaines *mesures douanières et commerciales*, telles que restrictions à l'importation et à l'exportation, limitations du trafic des devises, etc. (8). La constitutionnalité de ces mesures s'apprécie selon les articles 28 et 29 Cst., dits articles douaniers, M. Giacometti (9) l'a bien montré (10). Les articles

(5) Ci-dessus, pages 52 ss.

(6) Cf., ci-dessus, pages 64 ss et 79 ss.

(7) B.S. 1938, C.N., page 351.

(8) En tant que leur caractère de contrainte ne les rend pas d'emblée inconstitutionnelles.

(9) Aussenhandel, pages 20 ss.

(10) Par plusieurs arguments, dont les deux principaux sont les suivants (Aussenhandel, pages 28 ss) : a) L'article 32 dit que les dispositions prévues à l'article 31 bis ne pourront être établies que sous forme de lois ou d'arrêtés sujets au vote du peuple. Mais, comme les contingentements et les clearings sont institués, d'habitude, par des traités de commerce, il en faut conclure que l'article 31 bis II ne prévoit aucune mesure de politique commerciale en ce sens. b) Les Messages I et II, qui sont pourtant très détaillés, ne soufflent mot des mesures commerciales. Tout au contraire, le Message I, à la page 854, relève que la politique commerciale de la Suisse est régie par les articles 28 et 29 Cst. Cette proposition n'a jamais été contestée aux Chambres. Bien plus, sauf une exception insignifiante (B.S. 1938, C.N., page 356), la politique commerciale n'a même pas été mentionnée lors des délibérations qui, néanmoins, se sont longuement attardées sur notre article 31 bis.

28 et 29 sont un droit spécial, qui prime l'article 31 bis II, pour la politique d'encouragement de nature douanière et commerciale. Et ce sont ces mêmes articles 28 et 29 qui nous disent aussi dans quelle mesure la Confédération peut s'inspirer de considérations de faveur quand elle légifère en matière de douanes. Non pas, cependant, qu'aucun encouragement du commerce extérieur ne puisse jamais se fonder sur l'article 31 bis II. Les articles douaniers n'ont rien à faire là où des relations internes entre les branches économiques sont seules en question. Et, par exemple, les subsides à l'Office suisse d'expansion commerciale (11), et la garantie contre les risques à l'exportation (12), se déduisent bien de l'article 31 bis II.

4. S'il est impossible de dire quelles mesures entrent véritablement dans les prévisions de l'article 31 bis II, on peut toutefois indiquer celles qui sont *susceptibles* d'y être introduites. En voici une énumération exemplative.

Aux Chambres (13), on avait coutume de distinguer, parmi les mesures d'encouragement, celles qui sont de nature purement formelle et celles qui s'accompagnent d'une mise de fonds.

a) En parlant d'encouragement purement formel, on faisait sans doute allusion à des règlements relatifs aux écoles professionnelles, aux examens de maîtrise, etc. (14). La loi fédérale du 22 juin 1951, sur le service de l'emploi (15), qui se fonde à la fois sur les articles 31 bis II, 34 ter I, e, et 64 bis Cst. appartient, partiellement du moins (16), à cette catégorie.

b) En revanche, l'encouragement *s'accompagne d'une mise de fonds*, quand il revêt la forme de subventions, de contributions, de subsides (17). C'est évidemment le cas le plus intéressant. Il convient donc de l'examiner de tout près.

5. Il n'y a pas de définition générale de la subvention. Il serait d'ailleurs absurde de chercher à en donner une. «Aucune notion n'est jamais

(11) Arrêté Fédéral portant allocation d'une subvention à un office suisse d'expansion commerciale, des 31 mars 1927/20 décembre 1944. R.S. X, page 504.

(12) Loi Fédérale sur la garantie contre les risques à l'exportation, du 6 avril 1939. R.S. X, page 495.

(13) Cf. B.S. 1938, C.N., page 351 ; C.E., page 530 ; 1945, C.N., page 519.

(14) Cf. B.S. 1938, C.E., page 530.

(15) R.O.L.F., 1951, page 1217.

(16) En tant qu'elle ne réglemente pas les contributions fédérales aux offices du travail et aux bureaux paritaires de placements (articles 13 et 14).

(17) B.S. 1938, C.N., page 351 ; C.E., page 530 ; 1945, C.N., page 519 ; 1946, C.N., page 59, etc.

absolue, elle est toujours le reflet d'une certaine conception. La notion n'est pas une fin en elle-même, elle est un moyen» (18). La subvention s'analyse de façon différente, selon qu'on la considère d'un point de vue juridique, économique ou financier.

Lorsqu'à l'occasion de l'article 31 bis II, le constituant parlait de subventions, il leur donnait un sens très large et peu précis. L'expression servait à désigner toute mesure financière que l'Etat prend pour favoriser une branche économique ou une profession. Il est incontestable qu'une acception si extensive n'a rien de scientifique, étant pour ainsi dire vidée de son contenu. Mais il faut remarquer que le constituant n'avait aucune raison de définir la subvention, puisqu'aussi bien cette notion n'était assortie d'aucune conséquence. A quoi bon, par exemple, excepter la notion de la garantie contre les risques à l'exportation (19) de celle de la subvention, quand, à un autre titre, l'une et l'autre s'introduisent fort bien dans le cadre de l'article 31 bis II (20) ?

C'est la raison pour laquelle nous n'avons pas besoin de préciser la notion de la subvention. Nous pouvons très bien nous contenter d'une définition assez large pour englober «toutes les dépenses que la Confédération fait en vue d'atteindre des buts particuliers, distincts de ses tâches administratives», comme l'office suisse des statistiques (21) les dénomme.

6. Par subventions, le constituant entendait avant tout des *attributions pécuniaires* que la Confédération ferait *directement* à des entreprises privées, ou à l'un de leurs organes.

C'est de telles subventions que parle l'Arrêté Fédéral du 22 juin 1949 tendant à encourager les coopératives de cautionnement des arts et métiers (22). L'arrêté se propose de faciliter le petit crédit artisanal en alimentant les caisses des coopératives de cautionnement.

C'est également ce genre de subvention que prévoit l'Arrêté Fédéral du 12 février 1949 tendant à encourager le travail à domicile (23). Cet arrêté, qui se fonde, comme le précédent, sur l'article 31 bis II, se pro-

(18) Schindler, page 122.

(19) Cf. note 12.

(20) M. Osterwalder écrit, à la page 94, que la garantie contre les risques à l'exportation n'est ni une assurance de droit public ni une subvention, mais une «institution juridique sui generis, analogue à la subvention».

(21) Subventions fédérales et participations légales dans les Sources de la statistique suisse, édité par le Bureau fédéral de statistique, 25e fascicule, 1913—1931, Berne 1932, page 18.

(22) R.O.L.F., 1949, page 1761.

(23) R.O.L.F., 1949, page 543.

pose de subventionner le travail à domicile, «lorsqu'il joue un rôle social ou qu'il est utile au pays, en particulier lorsqu'il est de nature à améliorer les conditions d'existence des populations montagnardes» (24).

A la même catégorie appartiennent encore l'Arrêté Fédéral constituant un fonds en faveur des institutions d'aide à l'artisanat et au commerce, du 24 septembre 1948 (25), l'Arrêté Fédéral sur le financement de la société coopérative fiduciaire de la broderie, du 19 décembre 1951 (26), et l'Arrêté Fédéral concernant le maintien de l'aide de la Confédération à l'industrie hôtelière, du 19 juin 1953 (27).

Selon la manière dont se font les attributions pécuniaires de la Confédération à l'économie privée, les mesures de l'article 31 bis II prennent des formes variées.

Quand les subventions sont *effectives*, les deniers de l'Etat sont remis directement au bénéficiaire, sans qu'on lui réclame un intérêt (28). Il peut alors s'agir d'attributions fermes ou de primes.

Quand les subventions sont faites *à crédit*, elles consistent, en réalité, non pas dans le crédit lui-même, mais dans la différence entre le taux de faveur qui est consenti au bénéficiaire de l'encouragement et celui qui lui serait imposé sur le marché des capitaux (28a).

Quand les subventions sont *éventuelles*, l'Etat garantit le remboursement d'un crédit, ou simplement le service d'un intérêt, ou, plus généralement, un risque. Ce sont des particuliers qui fournissent les moyens pécuniaires. L'Etat n'interviendra que si l'emprunt n'est pas remboursé, ou si l'intérêt n'est pas payé, ou si les entrepreneurs bénéficiaires ont subi une perte. Par exemple, grâce à la garantie contre les risques à l'exportation, introduite par la Loi Fédérale du 6 avril 1939 (29), «l'exportateur est assuré, pour des commandes déterminées, de recouvrer une partie de sa créance en cas de perte ou de retard dans le paiement» (30).

7. A côté de ces attributions directes, on peut encore concevoir des mesures d'encouragement où l'avantage financier revêt une autre forme,

(24) Article premier.

(25) R.O.L.F., 1950, page 173.

(26) R.O.L.F., 1952, page 451.

(27) R.O.L.F., 1953, page 919, abrogeant un arrêté fédéral du 26 octobre 1950, de contenu analogue (R.O.L.F., 1951, page 151).

(28) Rutz, page 16.

(28a) Rutz, page 17.

(29) Cf. note 12.

(30) Article 3 I.

indirecte. C'est ce qu'on appelle souvent des *subventions indirectes* (31). Leurs effets sont plus ou moins semblables à ceux des subventions directes.

Des mesures très variées se rangent dans cette catégorie de subventions indirectes. Il est exclu d'en donner une classification, ou même une simple énumération exhaustive. Mais quelques exemples permettront de se faire une idée de ce dont il s'agit.

L'Etat peut *accorder des tarifs de faveur dans ses entreprises de transports*. C'est là une sorte d'encouragement que le Message I (32) mentionnait de façon expresse. En effet, le Conseil Fédéral partait du point de vue, parfaitement juste, que les tarifs des établissements publics de transports exerçaient une influence indéniable sur l'économie nationale, et il en déduisait que le tourisme pourrait être avantagé, si les voyageurs étrangers bénéficiaient de taxes réduites. C'est pourquoi, dès avant la guerre, la Confédération appuyait la propagande touristique par la diminution du prix des billets (33).

L'Etat peut aussi *offrir des facilités d'ordre fiscal*. Il est vrai qu'il préférera souvent la voie de la subvention directe, plutôt que de porter atteinte au principe de la généralité de l'impôt. C'est, d'habitude, uniquement quand il s'agit de mettre fin à un régime de subventions, et de ménager une transition, qu'on s'avise que des avantages dans le paiement des impôts permettent d'obtenir le résultat cherché (34). En toutes autres circonstances, les facilités d'ordre fiscal sont tenues pour des mesures de politique conjoncturelle. Et c'est bien sur l'article 31 quinquies qu'on les fondera. La Loi Fédérale sur la constitution de réserves de crise par l'économie privée, du 3 octobre 1951 (35), en est un exemple. Mais il va de soi que ces mesures de faveur peuvent très bien s'inscrire dans le cadre de l'article 31 bis II. — Les *moratoires fiscaux* sont un cas spécial. Ils représentent des prêts sans intérêt, pour la durée du moratoire.

L'Etat peut également *participer, de façon momentanée, à des entreprises privées*. C'est ce qu'il a fait, pendant les années de crise, avec la Banque

(31) Cf. Rutz, pages 14 ss.

(32) Page 882.

(33) Arrêté Fédéral ouvrant un crédit extraordinaire pour favoriser le tourisme étranger, du 26 mars 1934, R.O.L.F. 50, page 245. Arrêté Fédéral concernant les mesures à prendre en vue d'une œuvre extraordinaire de propagande en faveur du tourisme, du 19 juin 1936, R.O.L.F. 52, page 516.

(34) Cf., par exemple, le Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale concernant les économies à faire dans le domaine des subventions fédérales, du 19 mai 1953 (F.F. 1953, II 469 ss).

(35) R.O.L.F., 1952, page 13.

d'escompte suisse (société anonyme) (36) et la Banque populaire suisse (coopérative) (37). Il préférerait à un octroi de subventions directes un assainissement qui vînt s'adapter à la forme juridique de l'entreprise (38).

L'Etat peut encore *grever les exploitations concurrentes*. Une branche économique est favorisée quand les exploitations concurrentes qui nuisent à la marche de ses affaires sont elles-mêmes défavorisées. L'exemple typique est celui des impôts spéciaux. Le petit commerce est encouragé lorsque la supériorité des grandes entreprises est atténuée par des impôts grevant les stocks. C'est ainsi que la Confédération a introduit un impôt compensatoire, en se fondant sur le « Complément apporté à la Constitution Fédérale en vue de l'octroi et de la couverture partielle de crédits destinés au renforcement de la défense nationale et à la lutte contre le chômage » (39).

8. L'examen des quelques arrêtés rendus en vertu du nouvel article 31 bis II ne suffit pas pour donner une idée exacte de l'importance pratique que revêt la politique d'encouragement. Toutes les mesures fédérales de faveur n'y sont pas contenues. On a déjà vu que certaines d'entre elles étaient fondées sur des dispositions particulières, telles que les articles douaniers (40). En outre, il arrive que des lois ou des arrêtés d'une portée plus considérable, et dont le contenu, pour sa plus large part, déroge à la L.C.I., présentent également des prescriptions qui demeurent dans les limites de l'article 31 bis II. C'est la raison pour laquelle ces lois ou ces arrêtés se réfèrent à l'article 31 bis en son ensemble, sans indication de paragraphe. Tel est le cas du statut de l'horlogerie (41). La participation de l'Etat fédéral à l'ASUAG s'appuie au fond sur l'article 31 bis II, car il s'agit là d'une subvention indirecte (42). Mais, comme ledit statut comprend encore d'autres éléments (certaines autorisations obligatoires, par exemple) qui sont incompatibles avec la L.C.I., il ne précise pas si sa base constitutionnelle est l'alinéa II ou l'alinéa III de

(36) Arrêté Fédéral concernant la participation de la Confédération à la reconstitution du capital-actions de la banque d'escompte suisse à Genève, du 13 avril 1933, R.O.L.F. 49, page 255.

(37) Arrêté Fédéral concernant la participation de la Confédération au capital social de la banque populaire suisse, du 8 décembre 1933, R.O.L.F. 49, page 999.

(38) Cf. Schürmann, *Gemischtwirtschaftliche und öffentliche Unternehmungen*, page 137 a.

(39) Arrêté Fédéral sur l'impôt compensatoire, du 24 septembre 1940. R.S. VI, page 312.

(40) Cf., ci-dessus, page 98.

(41) Arrêté Fédéral du 22 juin 1951, sur les mesures propres à sauvegarder l'existence de l'industrie horlogère suisse, R.O.L.F., 1951, page 1239.

(42) Cf., ci-dessus, pages 101 ss.

l'article 31 bis (43). Il en va de même du statut de l'agriculture (44), qui, lui aussi, avec les subventions qu'il préconise, met partiellement en œuvre l'alinéa II de l'article 31 bis.

Enfin, il ne faut pas oublier que de nombreuses lois d'encouragement sont aujourd'hui en force, qui ne se réclament, formellement, ni de l'article 31 bis II, ni même de l'article 31 bis, mais qui, pour le fond, remplissent parfaitement les conditions de notre alinéa. C'est le cas des mesures antérieures à 1947, telles que la Loi Fédérale du 6 avril 1939, souvent citée, sur la garantie contre les risques à l'exportation (45), l'Arrêté Fédéral des 31 mars 1927/20 décembre 1944, portant allocation d'une subvention à un office suisse d'expansion commerciale (46), et l'Arrêté Fédéral du 21 septembre 1939, créant un office central suisse du tourisme (47). La première invoque l'ancien article 34 ter, le deuxième et le troisième n'indiquent aucune base constitutionnelle. Mais, depuis la revision, tous les trois se fondent, implicitement, sur l'article 31 bis II.

(43) Par ailleurs, il se fonde encore sur les articles 31 quinquies, 34ter I, a, et 64 bis Cst.

(44) Loi Fédérale du 3 octobre 1951, sur l'amélioration de l'agriculture et le maintien de la population paysanne, R.O.L.F., 1953, page 1095.

(45) Cf. note 12.

(46) Cf. note 11.

(47) R.S. VII, page 985.

CHAPITRE HUIT

La constitutionnalité des mesures d'encouragement, envisagées d'un point de vue formel

I. *Les lois fédérales et les diverses espèces d'arrêtés fédéraux.*

1. On sait que les mesures économiques qui furent prises pendant la crise des années «trente» et les deux guerres mondiales étaient, dans une large part, anticonstitutionnelles. Les événements obligeaient la Confédération à agir au delà de ses compétences. Et c'est à rétablir la constitutionnalité du droit économique, en adaptant la Constitution aux nécessités nouvelles, que s'est employée la revision de 1947. En particulier, le pouvoir d'encouragement de l'article 31 bis II est venu servir de fondement à toutes ces contributions fédérales et autres mesures qui, auparavant, ne trouvaient à s'appuyer que sur le droit de nécessité, ou sur une interprétation osée des règles constitutionnelles existantes (article 2 Cst.!).

Mais la constitutionnalité du droit économique ne sera pas assurée du seul fait que les mesures de l'Etat se fondent maintenant sur une compétence inscrite dans la Constitution. Il faut encore qu'elles satisfassent à certaines conditions de forme.

Par «forme», on entend ici la procédure génératrice des actes étatiques : pour être constitutionnels ces actes doivent être issus selon les règles établies.

2. Quelles sont ces règles ? Avant de répondre à la question, nous devons d'abord passer en revue tous les modes d'expression de la volonté étatique dont la Constitution prévoit l'usage.

Pour commencer, la Constitution connaît des lois fédérales, c'est-à-dire des actes législatifs de l'Assemblée Fédérale qui sont soumis au referendum facultatif (1). Puis viennent ces autres actes de l'Assemblée Fédérale que sont les arrêtés fédéraux de portée générale et les arrêtés fédéraux simples. Les premiers sont soumis au referendum, mais non pas les seconds. Toutefois, la Confédération peut déclarer urgents les arrêtés fédéraux de portée générale «dont l'entrée en vigueur ne souffre aucun délai» (1a), et les faire immédiatement passer en force, pour un certain temps. La réserve du referendum signifie, alors, simplement que de tels arrêtés fédéraux urgents pourront être abrogés, ultérieurement (1b), par une votation populaire. Cette votation est obligatoire quand l'arrêté dépasse le cadre de la Constitution (1c), sinon elle est facultative (1d).

Il est extrêmement important de savoir si un acte législatif est soumis à une votation populaire. Il suffit de songer au rôle que joue la tactique du referendum dans la genèse des lois. Et pourtant, malgré son importance pratique, la matière n'a pas reçu une réglementation précise. La Constitution propose des formes : les lois fédérales et les diverses espèces d'arrêtés fédéraux, mais nulle part elle ne dit expressément quel sera leur contenu. Même la Loi Fédérale concernant les votations populaires sur les lois et arrêtés fédéraux, du 17 juin 1874 (2), qui est la loi d'exécution de l'article 90 Cst., laisse la question sans réponse. Elle abandonne à l'Assemblée Fédérale le soin de décider de la forme qu'elle adoptera pour ses actes, et elle renonce à donner des définitions (3). Dans son Message du 29 mai 1874, qui appuyait le projet de la loi fédérale précitée, le Conseil Fédéral déclarait lui-même qu'il n'était pas nécessaire de délimiter les deux notions de «loi» et d'«arrêté» (4).

3. Le point de départ juridique étant lacuneux, la pratique qui en est issue fut évidemment peu claire et peu logique. Personne ne pouvait dire en quoi la loi fédérale se distinguait de l'arrêté fédéral de portée géné-

(1) Cf. article 85, chiffres 1 et 2, et 89 Cst. Et, en outre, la Loi Fédérale concernant les votations populaires sur les lois et arrêtés fédéraux, du 17 juin 1874, R.S. I, page 162.

(1a) Article 89 bis I Cst.

(1b) Le referendum ultérieur s'oppose au referendum préalable, auquel sont soumis les lois fédérales et les arrêtés fédéraux de portée générale qui ne sont pas urgents, et par lequel il est décidé si l'acte législatif proposé entrera jamais en force.

(1c) Article 89 bis III Cst.

(1d) Article 89 bis II Cst.

(2) R.S. I, page 162.

(3) Article 2.

(4) F.F. 1874, I 926—927.

rale, ni quand un arrêté fédéral devait être simple ou de portée générale. Tous les efforts qui furent tentés afin d'unifier la pratique des autorités fédérales ont échoué. A l'Assemblée Fédérale, les opinions variaient sans cesse. On peut même dire que les formes juridiques étaient choisies arbitrairement. On soumettait volontiers à la votation populaire des questions d'importance minime, pour lui soustraire ensuite des problèmes qui auraient suscité de vives oppositions. Cette fluctuation est frappante surtout dans le cas des arrêtés dits financiers. Lors des débats sur la Loi Fédérale du 22 août 1878, accordant des subventions aux chemins de fer des Alpes (5), il fut entendu que les subventions revêtiraient la forme d'arrêtés fédéraux de portée générale, dès qu'elles atteindraient un certain ordre de grandeur. Mais ce principe ne fut guère observé. Les arrêtés fédéraux d'une importance financière considérable ne furent pas tous soumis au referendum, et tous les arrêtés fédéraux de moindre importance n'entrèrent pas directement en vigueur. Il est vrai que, pour le choix de la forme juridique, l'importance financière ne saurait être le seul critère, et que cette pratique peut se justifier par des raisons de fond, qui consiste à loger des subventions de montant analogue tantôt dans un arrêté simple, tantôt dans un arrêté de portée générale. Mais, comme l'Assemblée Fédérale n'a pas non plus cherché un autre critère, on peut bien reprocher à sa jurisprudence d'être dépourvue de principe (6). C'est ainsi, que, parmi les mesures financières qui furent prises, avant 1947, dans le cadre de l'encouragement économique, l'Arrêté Fédéral des 31 mars 1927/20 décembre 1944, portant allocation d'une subvention à un office suisse d'expansion commerciale (7), fut de portée générale, mais non pas l'Arrêté Fédéral du 21 septembre 1939, créant un office central suisse du tourisme (8).

Cette situation insatisfaisante amena le Conseiller national Nobs, en 1921, à déposer un postulat invitant le Conseil Fédéral à «examiner s'il ne serait pas indiqué de délimiter, par voie législative, les termes de 'loi fédérale' et d'arrêté fédéral' des différents types, afin de clarifier et de garantir le droit au referendum» (9). C'était remettre sur le tapis la question de la forme. Cependant, une fois encore, le Conseil Fédéral (10) arriva à la conclusion qu'une définition légale de ces notions n'était ni

(5) R.O.L.F. 3, page 63.

(6) Burckhardt, Commentaire, page 709 : «La pratique est si fluctuante qu'il est presque impossible de la ramener à une ligne directrice».

(7) R.S. X, page 504.

(8) R.S. VII, page 985.

(9) B.S. 1924, C.N., pages 302 ss.

(10) B.S. 1924, C.N., pages 306—309.

nécessaire ni même réalisable. Le postulat fut écarté. Le problème demeure (10a).

4. De tout temps, la *doctrine* s'est efforcée de trouver une solution. Mais elle avait trop peu d'éléments pour arriver à une opinion uniforme. Bien au contraire, chaque auteur créa sa théorie. Il n'y a d'accord, aujourd'hui, que pour assigner la forme de la loi fédérale aux règles générales et abstraites (règles de droit, selon la définition de M. Marti (10b)), et celle de l'arrêté fédéral sans portée générale aux décisions individuelles et concrètes (actes administratifs (10c)). Et même cet accord ne peut pas être parfait, car les notions employées en cette matière sont controversées (11). Quant à l'arrêté fédéral de portée générale, il a donné lieu aux avis les plus différents (12). Cette variété s'explique, avant tout, par le fait que les textes allemand et italien diffèrent du texte français. En effet, si l'on suit la version allemande et italienne, le contenu de l'arrêté fédéral devra être «*allgemeinverbindlich*» — «*di carattere obbligatorio generale*». Si, en revanche, on suit la version française, c'est plutôt la portée qui doit être générale. De ce point de départ, la doctrine s'est avancée dans deux directions différentes, dont voici, brièvement esquissées, les caractéristiques : La *première direction* est indiquée par les textes allemand et italien. Elle est suivie principalement par Burckhardt (13), MM. Giacometti (14) et Guhl (15). Elle considère que la forme de l'arrêté fédéral de portée générale, comme celle de la loi fédérale, est appropriée à une règle générale. L'arrêté fédéral de portée générale ne se distingue alors de la loi fédérale qu'en tant qu'une clause d'urgence peut le soustraire au referendum préalable (16). Dans cette théorie, les différences sur-
gissent avant tout lorsqu'il s'agit de définir la règle générale (16a). La

(10a) La jurisprudence des autorités administratives de la Confédération laisse entrevoir comment le Conseil Fédéral résoud le problème. En effet, selon cette jurisprudence, la loi contient, en principe, des règles générales, tandis que l'arrêté simple contient, en principe, des actes administratifs. Entre la loi et l'arrêté simple s'interpose l'arrêté fédéral de portée générale qui est la forme adéquate pour les règles générales les moins importantes et les actes administratifs les plus importants. (Cf. Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, fasc. 2, nos 11 et 12 ; 3, no 13 ; 6, no 27 ; 11, no 27 ; 21, nos 9 et 10).

(10b) *Verordnungsrecht*, page 58.

(10c) Cf. Marti, *Verordnungsrecht*, pages 53 ss.

(11) Cf., par exemple, Marti, *Verordnungsrecht*, pages 54 ss.

(12) Cf., par exemple, les thèses de MM. Sulzer, pages 39 ss; Haeffliger, pages 28 ss; Regi, pages 75 ss.

(13) *Commentaire*, page 706.

(14) *Rechtsverordnungsrecht*, pages 363—364.

(15) Page 43.

(16) Cf., ci-dessus, page 106, note 1b.

(16a) Cf. note 11.

seconde direction est marquée par le texte français. Fleiner (17) en fut le défenseur le plus éminent. Elle entend réserver la forme de l'arrêt fédéral de portée générale non pas aux actes législatifs, mais aux actes administratifs de portée générale. Autrement dit, les mots «de portée générale» sont propres aux actes administratifs, et non législatifs.

II. *L'article 32 I Cst. et la forme juridique des mesures d'encouragement.*

1. Après ces remarques préliminaires, posons-nous la question de la forme, dans le cas spécial, des mesures d'encouragement. Malgré l'insécurité juridique que nous avons dénoncée, nous constaterons que nous trouvons une solution satisfaisante. Une règle constitutionnelle dont nous n'avons pas encore parlé nous montre le chemin. C'est l'article 32 I.

L'article 32 I prescrit : «Les dispositions prévues aux articles 31 bis, 31 ter, 2e alinéa, 31 quater et 31 quinquies ne pourront être établies que sous forme de lois ou d'arrêtés sujets au vote du peuple. Pour les cas d'urgence survenant en période de perturbations économiques, l'article 89, 3e alinéa, est réservé» (1).

Puisque l'article 32 I renvoie expressément à l'article 31 bis, il n'y a pas de doute qu'il *s'applique* aux mesures d'encouragement. MM. Giacometti (2) et Kaufmann (3) ont certainement tort quand ils parlent uniquement du fait que cet article 32 I prescrit la forme à appliquer pour les mesures qui dérogent à la L.C.I. D'une part, l'article 32 I mentionne l'article 31 bis dans son ensemble, et non pas seulement dans son IIIe alinéa. D'autre part, il se réfère également à l'article 31 quinquies, qui ne prévoit que des mesures conformes à la L.C.I. (3a). Il s'ensuit donc que l'article 32 I vise indifféremment les mesures compatibles et incompatibles avec la L.C.I.

Mais quelle est la *signification juridique* de cet article ? Innove-t-il, ou ne fait-il que répéter les dispositions générales régissant la procédure de légifération ? A notre avis, il *innove*. L'innovation, c'est que la question de la forme est définitivement résolue pour le cas des mesures prises en exécution de l'article 31 bis (entre autres articles économiques). Toute mesure que l'Assemblée Fédérale adopte, dans le cadre de l'article 31 bis, est soumise au vote du peuple ; une règle spéciale n'est réservée qu'aux

(17) Bundesstaatsrecht, pages 401 ss.

(1) Au lieu de l'article 89 III, c'est article 89 bis qu'il convient de lire, depuis la revision du 11 septembre 1949.

(2) Bundesstaatsrecht, page 740.

(3) Pages 37—38.

(3a) Cf., à vrai dire, ci-dessus, page 46, note 22.

cas d'urgence. On s'épargne donc la tâche stérile d'examiner le caractère de ces mesures (s'il s'agit d'un acte législatif ou administratif), puis de la soumettre ou de la soustraire au vote du peuple, selon la théorie qui paraîtra la plus convaincante (!).

On comprendra mieux la portée de l'article 32 I si l'on se représente les difficultés d'interprétation que son absence provoquerait. Il eût alors été pratiquement impossible d'arrêter définitivement la forme juridique des mesures d'encouragement. Sans doute, il n'eût pas manqué de mesures pour lesquelles la forme n'aurait donné lieu à aucune controverse, les différentes théories conduisant toutes à la même conclusion. Mais les cas litigieux eussent vraisemblablement été plus nombreux. Qu'on songe simplement aux pures décisions de subventions, dont le seul contenu est l'énoncé des conditions imposées au bénéficiaire (4). Quelle eût été la forme constitutionnelle ? La Constitution étant ambiguë, on aurait recouru à la doctrine. On se serait alors aperçu que les auteurs professent des opinions diverses, et qu'ils ne s'accordent même pas sur la nature législative ou administrative des subventions (5). Et pourtant ce serait le premier point à élucider, car de sa solution dépend la réponse qui sera donnée au second problème, celui de la forme. On aurait donc dû commencer par décider si la subvention est acte de législation ou d'administration. Ceux qui, avec M. Matti (6), opinent dans le premier sens, préconiseraient, à l'exemple de la doctrine dominante, la forme de la loi fédérale, ou également, suivant les vues de Burckhardt et de M. Giacometti, celle de l'arrêté fédéral de portée générale. Ceux qui, en revanche, avec M. Schindler (7), défendent la seconde opinion, envisageraient la forme de l'arrêté fédéral sans portée générale, comme le feraient Burckhardt et M. Giacometti, ou, éventuellement, à l'exemple de Fleiner, présenteraient comme des arrêtés fédéraux de portée générale les actes administratifs qui ont une importance plus considérable. Bref, on ne saurait nier que la multitude des avis eût rendu presque impossible une solution objective du problème.

Il est vrai que l'article 32 I ne projette pas non plus une pleine lumière. Car il prescrit la forme de la loi fédérale ou de l'arrêté fédéral de portée générale, mais n'indique pas comment il faut choisir entre les deux. A première vue, on comprend mal cette lacune, car le constituant de 1947 ne

(4) Schindler, page 157.

(5) Il est significatif que, de deux thèses zurichoises récentes, consacrées au même problème, l'une défende la théorie de l'acte administratif (Schindler, page 187), l'autre, celle de l'acte législatif (Matti, pages 102 ss).

(6) Pages 45, 52 ss, 102 ss.

(7) Page 187.

pouvait certainement pas penser que la loi fédérale et l'arrêté fédéral fussent deux notions assez délimitées, en pratique, pour qu'il fût superflu d'entrer dans les détails. A seconde vue, l'absence de précisions s'explique d'une autre façon. Ce que voulait le constituant, c'était simplement que toutes les mesures d'encouragement dussent être soumises au referendum facultatif. La distinction entre loi fédérale et arrêté fédéral de portée générale perdait, dès lors, de son importance, puisque tous deux sont également assujettis au referendum. Une mesure d'encouragement pourra revêtir l'une ou l'autre forme sans cesser d'être constitutionnelle. Le constituant de 1947 savait que, dans ce domaine, les limites étaient peu précises. Il n'a rien fait pour y remédier. La démarcation entre la loi fédérale et l'arrêté fédéral de portée générale demeurera donc flottante. Ce qui importait, c'était seulement que les dispositions mentionnées à l'article 32 I *ne fussent pas introduites par des arrêtés fédéraux sans portée générale*.

2. Cette interprétation de l'article 32 I diffère, à vrai dire, des conceptions traditionnelles. En général, on n'a pas ajouté beaucoup d'importance à cette disposition. M. De Capitani (8), qui a consacré au problème des explications assez fouillées, écrit que l'article 32 I serait superflu, n'était l'allusion aux arrêtés fédéraux urgents, qui sont ainsi subordonnés à une quatrième condition, outre celles que pose déjà l'article 89 bis I : Pour que le caractère d'urgence soit reconnu à un arrêté fédéral de portée générale, il ne faut pas seulement que son entrée en vigueur ne souffre aucun délai, que la majorité de tous les membres de chacun des deux Conseils aient donné leur accord, et que sa durée d'application soit limitée. Il faut encore que l'on soit « en période de perturbations économiques » (9). Par ailleurs, l'article 32 I n'a qu'une nature déclaratoire, car son contenu répète des principes déjà connus (10).

L'opinion de M. De Capitani n'est pas exacte. Assurément, elle peut s'appuyer sur une discussion qui eut lieu au Conseil des Etats, lorsqu'on y délibérait des nouveaux articles économiques (11) : Le Conseiller aux Etats Klöti y déclara que l'article 32 I n'était pas indispensable, si l'on en exceptait la proposition sur les cas d'urgence (12). Et personne ne réfuta cette remarque. Mais il n'est guère indiqué de fonder une interprétation sur l'observation isolée et superficielle d'un membre du Parlement. Comme on l'a déjà souligné, « on n'est jamais sûr d'une interprétation de la

(8) Page 133.

(9) De Capitani, page 134.

(10) De Capitani, page 133.

(11) B.S. 1945, C.E., pages 264 ss.

(12) B.S. 1945, C.E., pages 264—265.

Constitution qu'une fois que l'on a confirmé le résultat obtenu en le confrontant avec l'idée de base du constituant» (13). Or la thèse qui n'attribue à l'article 32 I qu'une nature déclaratoire ne correspond pas à cette «idée de base».

Bien au contraire, l'«idée de base» légitime notre interprétation, qui est toute différente. Sans doute M. Kaufmann (14) a-t-il en partie raison, quand il impute les difficultés d'exégèse des nouveaux articles économiques précisément à l'absence d'une pareille idée de base. C'est ainsi qu'il écrivait : «Les articles révisés ne sont pas l'œuvre d'une classe dominante, mais le résultat d'une recherche de dix ans en vue de trouver quelques formules auxquelles tous les grands partis puissent souscrire, en dépit de la différence de leurs conceptions politiques». Et pourtant, quand même ils offrent les caractères d'un compromis, on en peut dégager certains principes fondamentaux, qui aident à l'interprétation. Le constituant a toujours eu présente à l'esprit l'image d'un ordre idéal. Et cette image, en raison de la majorité bourgeoise qui siégeait aux Chambres, pouvait se résumer ainsi: En règle générale, l'Etat ne doit pas intervenir dans l'économie. Les mesures qu'il prendra resteront l'exception (15). C'est pourquoi le principe de la L.C.I. fut, sciemment, placé au sommet de l'œuvre de revision, et l'on s'efforça de limiter les interventions par des *digues* de toute espèce. Une première digue consistait à subordonner les mesures de politique économique à l'existence de conditions déterminées. Ce point a déjà été traité auparavant (16). Une seconde digue — c'est elle qui nous intéresse maintenant — consistait à réduire la politique économique de l'Etat «à la voie, semée d'embûches, de la législation ordinaire» (17). M. Kaufmann (18) parle, ici, d'une *garantie démocratique* de la L.C.I.

Dès lors, l'article 32 I doit être compris de telle manière qu'il permette de réaliser l'«idée de base» du constituant. C'est donc qu'il subordonne les mesures de politique économique à des conditions *plus sévères* que par le passé. Ce qui se vérifiera seulement si les dispositions prévues à l'article 31 bis II ne peuvent être «établies que sous forme de lois ou d'arrêtés sujets au vote du peuple», et non plus, comme c'était parfois le cas, avant 1947, sous forme d'arrêté fédéral simple. Car il est clair que le referendum facultatif est un obstacle aux mesures étatiques.

(13) Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre*, page 138.

(14) Page 35.

(15) Cf., ci-dessus, pages 29—30.

(16) Pages 54 ss et 85 ss.

(17) Kaufmann, page 35.

(18) Page 35.

S'il était exact que l'article 32 I n'a rien changé à l'état pristin, et que, par conséquent, on ne continuera à revêtir de la forme de la loi fédérale ou de l'arrêté fédéral de portée générale que les dispositions qui, précédemment déjà, étaient sujettes au referendum facultatif, cela signifierait, comme nous l'avons déjà dit (19), qu'une catégorie très importante de mesures d'encouragement, à savoir les subventions, resterait sans forme juridique déterminée. Il dépendrait toujours de l'opinion qu'on peut avoir de leur nature législative ou administrative de savoir s'il convient de les soumettre ou de les soustraire au referendum : incertitude qui est contraire à l'idée de base du constituant. Quand il s'est appliqué à restreindre les interventions de l'Etat, il ne s'inquiétait, à vrai dire, que des effets des mesures étatiques, et non de leur nature. Mais nous avons démontré, en un autre contexte (20), que les subventions permettent, le plus souvent, d'atteindre les mêmes résultats que des mesures de contrainte. Donc la ratio legis de l'article 32 I réclame que les arrêtés de subventions soient également soumis au referendum (21).

M. Schindler (22), qui a examiné le problème de la forme juridique des subventions (d'une façon générale, et sans s'attacher particulièrement aux subventions d'encouragement) disait : « Presque chacun, pour bénéficiaire d'une subvention, accepte les conditions dont elle est assortie... Il ne serait pas juste que l'Assemblée Fédérale puisse soustraire ces arrêtés de subventions au referendum facultatif, alors que les mêmes conditions, présentées comme des dispositions impératives, devraient revêtir la forme d'une loi fédérale. Sinon, les arrêtés de subventions seraient un bon moyen d'éviter le referendum. Ils doivent donc être traités comme des dispositions impératives. En d'autres termes, ils doivent être assimilés aux actes législatifs. Par conséquent, la nature législative n'est pas le seul critère de soumission au referendum. Il convient d'avoir égard à la portée effective des dispositions... ».

Ce que M. Schindler préconisait, de lege ferenda, pour tous les arrêtés de subventions se trouve déjà réalisé pour les mesures de subventions spéciales qui se fondent sur l'article 31 bis II : elles sont sujettes au referendum facultatif. Sans doute les membres de l'Assemblée Fédérale qui élaborèrent l'article 32 n'étaient pas conscients de sa grande portée, mais

(19) Ci-dessus, page 110.

(20) Ci-dessus, pages 63 ss.

(21) De cette solution du problème de la forme, il convient de rapprocher la façon dont on a précédemment délimité les mesures d'encouragement compatibles avec la L.C.I. En assimilant la contrainte indirecte à la contrainte directe, c'était également le seul *effet* desdites mesures qui était considéré (cf., ci-dessus, pages 65 ss).

(22) Page 188.

ce n'est pas là une raison de rejeter notre interprétation, qui se déduit logiquement de la représentation fondamentale que le constituant se faisait, en général, des nouveaux articles économiques, et, en particulier, de leur garantie démocratique. Lorsque le Conseiller national Condrau déclarait, en 1945 (23), que les actes d'exécution de l'article 31 bis devaient «tous» être soumis au referendum facultatif, le mot «tous» dont il usait devait être entendu à la lettre.

3. L'article 32 I, selon lequel les dispositions prévues aux articles 31 bis, 31 ter II, 31 quater et 31 quinques ne peuvent être introduites que par des actes qui sont sujets au vote du peuple, réserve, nous l'avons vu (23a), l'article 89 bis : à certaines conditions, un arrêté fédéral de portée générale peut être déclaré urgent, et entrer en force sans votation populaire préalable. Le constituant partait de l'idée qu'il y avait des mesures de politique économique dont l'entrée en force ne souffrait aucun délai, et dont l'efficacité ne devait pas être compromise par une votation populaire préalable.

Ceux qui examineront de plus près la réserve d'urgence de l'article 32 I s'apercevront toutefois que la déclaration d'urgence de mesures d'encouragement au sens de l'article 31 bis II sera un phénomène plutôt rare, et qui ne se produira que dans des cas très spéciaux. Voici pourquoi :

a) L'article 89 bis I permet que les arrêtés fédéraux de portée générale, dont l'entrée en force ne souffre aucun délai, ne soient pas exposés à un referendum préalable. Or, si l'entrée en force d'une mesure politique ne souffre aucun délai, cela signifie qu'il y a plus d'avantage à l'action immédiate de l'Etat que d'inconvénient à l'abandon de la procédure ordinaire de légifération. Ce qui, en pratique, se rencontrera lorsqu'un secteur de l'économie subit une telle perturbation que le sort de la communauté étatique en est sérieusement menacé, et que la Confédération est tenue d'intervenir aussitôt.

Mais il serait bien étonnant que des troubles aussi profonds puissent être supprimés au moyen des seules mesures d'encouragement de l'article 31 bis II. En effet, il faut admettre que la situation de la branche économique atteinte est très grave. Des mesures qui respectent la L.C.I. suffiront-elles pour y remédier ? Ne vaudra-t-il pas mieux recourir à des mesures qui dérogent à la L.C.I. ?

N'allons toutefois pas jusqu'à conclure qu'une mesure d'encouragement ne saurait en aucun cas être urgente. Car on peut concevoir que, pour combattre certaines perturbations, des interventions économiques con-

(23) B.S. 1945, C.N., page 601.

(23a) Cf. page 109.

traies à la L.C.I., et fondées, par exemple, sur l'article 31 bis III, soient combinées avec des mesures d'encouragement. Dans cette hypothèse, il est possible que toutes les mesures soient prises en un même acte, pour lequel la forme de l'arrêté fédéral urgent va de soi. Mais il est aussi possible que les mesures de type différent soient contenues dans des actes séparés (par exemple, parce qu'elles ne sont pas adoptées à la même date). Ainsi s'explique que des mesures d'encouragement indépendantes puissent aussi revêtir la forme de l'arrêté fédéral urgent.

b) La rareté des mesures d'encouragement urgentes se comprend encore d'une autre manière. L'article 32 I réserve les déclarations d'urgence aux seules périodes de perturbations économiques. Pour comprendre cette expression, il convient de se reporter à l'article 89 bis I. Les conditions générales de l'urgence y sont énumérées : impossibilité d'ajourner l'entrée en force (24), consentement de la majorité de tous les membres de chacun des deux Conseils, limitation de la durée de validité. L'article 32 I en ajoute une quatrième, propre aux articles économiques. Or l'impossibilité d'ajourner l'entrée en force d'une mesure signifie, incontestablement, que la branche économique atteinte subit un grave désarroi, et s'accommoderait mal des lenteurs de la législation ordinaire. Quand donc l'article 32 I limite l'urgence aux périodes de perturbations économiques, il veut dire, par là, qu'un désarroi propre à une certaine branche ne suffit pas, mais qu'il faut une perturbation de toute l'économie, en d'autres termes une crise généralisée : «Il doit s'agir d'une perturbation économique générale, l'urgence existant dans un cas particulier, alors que la situation économique générale est normale, ne suffit pas» (25).

Rappelons-nous, maintenant, qu'à l'article 31 bis II le pouvoir d'encouragement ne s'étend qu'à «certaines» branches économiques ou professions. C'est dire que les mesures qu'il permet de prendre ne se prêtent guère à la déclaration d'urgence de l'article 32 I. L'encouragement de certaines branches économiques ne présuppose qu'une perturbation partielle, portant atteinte à ces seules branches. Si, au contraire, la crise était générale, si donc les perturbations partielles dont souffrent certaines branches étaient les conséquences d'une perturbation totale, l'article 31 bis II ne serait d'aucun secours. Ce sont d'autres textes qu'il faudrait alors interroger, avant tout l'article 31 bis III et l'article 31 quinquies.

Nous avons vu, ci-dessus, sous lettre a, que des mesures d'encouragement pouvaient toutefois être urgentes, quand elles étaient combinées avec d'autres moyens, plus propres qu'elles à combattre les perturbations

(24) Cf., à ce sujet, Giacometti, *Bundesstaatsrecht*, page 776.

(25) Nef, *Handels- und Gewerbefreiheit*, fiche 620, D I, chiffre 2.

de l'économie. L'argumentation de la lettre b n'infirmes pas cette conclusion. Au contraire. Il suffit de préciser que l'urgence de mesures d'encouragement ne saurait être exclue sous le seul prétexte que l'article 31 bis II se prête mal à la lutte contre les crises générales. Car, en fait, rien n'empêche que des mesures issues de l'article 31 bis II viennent compléter, dans un même acte, ou dans un acte séparé, d'autres mesures, fondées sur des dispositions constitutionnelles différentes. Et, par exemple, il est précisément arrivé que des subventions fussent employées à appuyer des interventions contraignantes de l'Etat.

En résumé : La déclaration d'urgence d'une mesure économique pré-suppose, d'une part, une grave perturbation économique, et, d'autre part, une dépression générale. Or, l'article 31 bis II n'offre guère de moyens très incisis (ci-dessus, lettre a) ; et, de toute façon, il se prête mal à la lutte contre les crises qui frappent l'économie entière (ci-dessus, lettre b). Par conséquent, il sera bien rare que des mesures d'encouragement soient affectées d'une clause d'urgence. Cela n'arrivera que lorsqu'elles complètent d'autres mesures.

III. *Les ordonnances du Conseil Fédéral fondées sur le pouvoir d'encouragement.*

1. Si l'article 32 I Cst. réserve au Parlement et au corps électoral le soin de décider les mesures d'encouragement, il s'ensuit, nécessairement, qu'en cette matière le Conseil Fédéral n'a pas la faculté de rendre des *ordonnances législatives indépendantes* (1). Mais cette incompétence se déduit déjà du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. L'article 32 I ne fait donc que la confirmer (1a). A vrai dire, les branches économiques et les professions qui demandent un encouragement préféreraient porter leurs requêtes devant le Conseil Fédéral, afin qu'il statue dans la forme d'une ordonnance. Comme elles sont intéressées à une prompt intervention de l'Etat, elles supportent mal les lenteurs de la légifération ordinaire, et l'incertitude d'un éventuel vote populaire. Mais ce sont là des considérations qui n'ont, évidemment, aucune incidence

(1) Ordonnances législatives indépendantes = selbständige Rechtsverordnungen; ordonnances législatives dépendantes = unselbständige Rechtsverordnungen.

En distinguant les ordonnances, selon qu'elles sont indépendantes ou dépendantes, on a égard à leur base juridique. Les premières se fondent directement sur la Constitution, les secondes présupposent une loi, portant délégation de compétence.

(1a) C'est en cette mesure seulement que M. De Capitani a raison, quand il écrit (cf., ci-dessus, page 111, notes 8—10) que l'article 32 I Cst. ne contient d'indispensable que sa référence aux arrêtés fédéraux urgents.

juridique. La procédure législative sera suivie même dans les cas où l'intérêt général de l'économie eût rendu souhaitable une ordonnance du Conseil Fédéral. Et il ne servirait à rien de soutenir que les conditions fluctuantes de l'économie exigent une réglementation élastique, et facilement adaptable, telle que seules les autorités administratives (2) sont en mesure d'établir. La claire volonté du constituant prime les arguments de simple opportunité.

La question se présente différemment, quand il s'agit des *ordonnances législatives dépendantes*. Lorsque la Constitution s'en remet au législateur du soin de statuer en une certaine matière, cela ne signifie jamais que le législateur soit seul habilité à régir cette matière, jusque dans ses derniers détails. Au contraire, le législateur pourra toujours abandonner à d'autres autorités, par exemple administratives, la réglementation des problèmes secondaires. On estime que, de cette façon, les lois ne seront pas encombrées de détails, et que les questions spéciales, par exemple de nature technique, seront réservées aux experts qualifiés pour en connaître (3). D'après M. Marti (4), ces ordonnances d'exécution (4a) trouvent leur base constitutionnelle dans l'article 102, chiffre 5 Cst., qui fait du Conseil Fédéral l'organe exécutif. D'après une autre opinion (5), largement accréditée, elles se fonderaient sur une délégation du législateur. Mais alors, comme la Constitution ne prévoit pas expressément une semblable délégation, on supposera qu'elle l'admet tacitement. Et, de fait, pour M. Nawiasky (6), la faculté de substituer des ordonnances à une loi se présume ; « à cet égard, on peut parler d'une conception juridique commune aux peuples européens ».

Ainsi, quelque base que l'on donne aux ordonnances dépendantes du Conseil Fédéral, on ne met pas en doute leur conformité à la Constitution. Donc il y a là une forme qui est également au service de la politique d'encouragement. Ce qui est discutable, c'est uniquement la mesure dans

(2) Marti, Verordnungsrecht, page 93: «Les constantes modifications des circonstances et des besoins réclament un aménagement continu de l'ordre juridique. Plus le changement est rapide, plus prompt également doit être l'adaptation du régime de droit. Seule la voie de l'ordonnance correspond vraiment à cette exigence».

(3) Marti, Verordnungsrecht, page 73.

(4) Verordnungsrecht, pages 101—102.

(4a) Puisque nous parlons des ordonnances législatives, il s'agit ici des ordonnances d'exécution au sens large du terme, par opposition aux ordonnances d'exécution au sens strict du terme qui représentent une sorte des ordonnances administratives (cf. page 119).

(5) Cf. Burckhardt, Commentaire, page 666.

(6) Allgemeine Rechtslehre, page 76.

laquelle la délégation est admissible. Il est impossible de répondre exactement à cette question. Tout ce qu'on peut dire, c'est que, la Constitution ayant donné le pouvoir d'encouragement à l'Assemblée Fédérale, celle-ci doit en user elle-même tant qu'elle le peut raisonnablement (7). Par conséquent, il sera bien rare qu'une loi délègue entièrement ledit pouvoir (Blankettgesetz). Les principes essentiels de toute action d'encouragement doivent, en tout cas, être posés par le législateur. Nul ne prétendra que le Conseil Fédéral soit seul à pouvoir opportunément déterminer le but d'une politique de faveur, ses bénéficiaires, les montants qui lui seront affectés, les conditions des prestations fédérales, etc. On ne saurait tenir pour admissible une loi fédérale qui se réduirait à ceci : «Aux conditions que fixera le Conseil Fédéral, la Confédération contribuera à encourager l'industrie de la broderie». Une délégation si générale ne se justifierait pas, au fond, et serait contraire à la division des compétences que la Constitution entendait instituer. Serait possible, en revanche, une délégation qui habiliterait le Conseil Fédéral à subordonner une prestation de l'Etat à d'autres conditions encore que celles que prévoit la loi elle-même. Mais encore faudrait-il que la délégation ait un motif : les conditions ainsi ajoutées sont sujettes à des changements constants, les questions qu'elles posent sont du ressort d'un expert, leur importance est tellement secondaire qu'elles encombreraient un texte légal, etc.

2. Pour être complet, mentionnons encore la compétence que le Conseil Fédéral a d'édicter des *ordonnances administratives*. Leur signe distinctif est qu'«elles sont adressées non pas à l'ensemble des sujets de droit, mais à un certain groupe de personnes caractérisé par un rapport hiérarchique spécial» (8). C'est ce rapport hiérarchique spécial, et en particulier la fonction publique, qui habilite le Conseil Fédéral, ou une autre autorité administrative, à donner, dans certaines limites, à leurs subordonnés, des instructions obligatoires. En conséquence, le Conseil Fédéral aura toujours la faculté de rendre une ordonnance administrative, sans qu'importe la façon dont les compétences législatives sont distribuées en la matière. Plus spécialement, dans le domaine de la politique de faveur, cette faculté est tout à fait indépendante des articles 31 bis II et 32 I Cst.

Et elle n'est pas sans importance. Puisqu'il est l'autorité administrative suprême de la Confédération (articles 95 et 102, chiffre 15, Cst.), le Conseil Fédéral peut prescrire des directions, sous forme d'ordonnances administratives, par exemple dans le but de couvrir les besoins de

(7) Cf. Marti, *Verordnungsrecht*, page 105.

(8) Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre*, page 119.

la Confédération en biens matériels, d'organiser des soumissions de travaux publics, etc. Selon leur contenu, semblables instructions pourront avoir pour but, ou tout au moins pour effet, de favoriser certaines branches économiques. Ainsi, le Conseil Fédéral pourrait décider, dans une de ces ordonnances, que les besoins de la Confédération en biens matériels ne seront couverts que par des marchandises d'une qualité bien déterminée (qui ne sont produites que par certaines branches). Si cette prescription se justifiait par les exigences d'un commerce rationnel, l'encouragement des fournisseurs en serait une simple conséquence. Mais, en d'autres circonstances, il arrivera qu'il soit le résultat du désir très net de favoriser certaines branches.

Enfin, les ordonnances administratives servent aussi à indiquer aux organes subalternes comment ils devront appliquer les mesures d'encouragement instituées selon l'article 31 bis II. C'est dire que le Conseil Fédéral peut limiter le pouvoir d'appréciation des autorités inférieures, et imprimer à la politique de faveur une direction bien déterminée (9).

(9) Il s'agit ici des ordonnances d'exécution au sens strict du terme (cf., ci-dessus, note 4a).

CHAPITRE NEUF

La situation des cantons

I. *Le pouvoir d'encouragement prévu à l'article 31 bis II Cst. n'est pas une compétence exclusive de la Confédération.*

1. L'article 31 bis II Cst. habilite la *Confédération* à prendre des mesures d'encouragement. Il ne dit rien des cantons. Ce qui soulève certaines questions : La compétence de l'article 31 bis II est-elle exclusivement fédérale ? Ou ne faut-il pas plutôt admettre que les cantons, eux aussi, ont la faculté d'édicter des mesures de faveur ? Et alors, si nous l'admettons, comment résorber les contradictions entre le droit fédéral et le droit cantonal ? La Confédération peut-elle imposer aux cantons le contenu de leurs mesures de faveur ?

2. La version actuelle de l'article 31 bis II, qui mentionne la Confédération, à l'exclusion des cantons, est issue, en 1938—1939, de la procédure d'élimination des divergences.

En effet, si le Conseil National, après ses premières délibérations, de 1938, ne parlait encore que de la Confédération, le Conseil des Etats résolut d'y ajouter les cantons, et l'article fut ainsi libellé : «La Confédération et les cantons peuvent édicter des dispositions en faveur des diverses branches économiques et des divers groupes professionnels, sous réserve des intérêts permanents de l'économie nationale et en respectant le principe de la liberté du commerce et de l'industrie» (1).

Comment cette adjonction s'explique-t-elle ? Lors de sa première lecture du Projet, le Conseil des Etats avait attribué à la Confédération et aux cantons le droit d'édicter des prescriptions de police (2). Il lui sembla

(1) B.S. 1938, C.E., pages 535 ss.

(2) B.S. 1938, C.E., page 527.

logique d'attribuer aux mêmes titulaires le droit de prendre des mesures d'encouragement. Précisons, il est vrai, que le texte du Conseil des Etats avait bien aussi pour but d'instituer formellement une compétence cantonale (3).

Ceux qui ne voulaient pas que cette compétence fût mentionnée explicitement alléguaient que son énonciation était superflue, parce que, de toute façon, les cantons étaient habiles à édicter des lois dans le cadre de la L.C.I. Aussi longtemps que la Confédération n'usait pas d'une des compétences que la Constitution lui accordait, les cantons étaient parfaitement libres de légiférer à leur guise (4). En revanche, dès qu'elle en usait, et que, du heurt des compétences, il pouvait résulter un conflit, les cantons devaient lui céder le pas, quel que fût le texte de l'article 31 bis II (5). Plus que superflue, la mention des cantons eût même été nuisible, car un raisonnement a contrario eût alors suggéré que, là où ils ne seraient pas nommés, les cantons n'auraient aucune compétence. Loin d'être fortifiée, leur position en aurait été affaiblie (6).

A l'opposé, ceux qui désiraient que le pouvoir des cantons fût expressément rappelé ne contestaient pas sans doute le principe de cette argumentation, mais manifestaient leur crainte de voir la Confédération accaparer toute une matière, aux dépens des cantons, pour le seul motif qu'ils auraient été passés sous silence (7). Et pourtant, bien souvent, des mesures cantonales sont préférables à des mesures fédérales (8). Par ailleurs, il faut le dire, la tactique référendaire ne manquait pas de jouer son rôle : les partisans du fédéralisme voteraient, disait-on, plus volontiers le texte qui parlerait des «cantons» que celui qui ne parlerait que de la «Confédération» (9).

Cependant, lors de la procédure d'élimination des divergences, le Conseil des Etats abandonna sa version primitive, et se rallia au point de vue du Conseil National, afin de ne pas rendre un accord impossible. Les cantons furent donc biffés du texte constitutionnel. Et c'est cette version amendée qui est aujourd'hui proposée à l'interprète.

(3) B.S. 1938, C.E., pages 535 ss.

(4) B.S. 1938, C.E., page 539 (Wettstein) ; 1939, C.N., page 92 (Nietlispatch).

(5) B.S. 1939, C.N., page 94 (Conseiller fédéral Obrecht).

(6) B.S. 1938, C.E., page 536 (Wettstein); 1939, C.E., page 384.

(7) B.S. 1938, C.E., page 539 (Evéquo).

(8) B.S. 1938, C.E., page 539 (Evéquo) : «... Mais nous savons aussi que ce domaine extrêmement important de l'économie nationale connaît des dispositions qui pourront être mieux résolues dans le cadre de la législation cantonale... Voilà ce que nous voulons réserver d'une manière formelle et explicite».

(9) B.S. 1938, C.E., page 540 (Iten) ; 1939, C.N., page 92 (Nietlispatch).

3. Cette question des cantons, qui causa tant de difficultés au Parlement, est un problème de *partage des compétences*. Il la faut donc résoudre selon les règles que le droit public suisse a consacrées à la séparation des compétences.

L'*Etat fédératif* se caractérise par le fait que, sur un même territoire, plusieurs pouvoirs étatiques se répartissent le soin d'exécuter les tâches publiques. Mais aucun ordre ne saurait se concevoir si tous ces pouvoirs partiels se déployaient sans égard pour les autres. Il convient donc de distribuer impérativement les tâches publiques. A vrai dire, la notion de l'Etat fédératif ne nous dit rien sur la façon dont se fait cette distribution. C'est le droit positif qui nous l'enseigne. La répartition des compétences varie donc d'un Etat fédératif à l'autre (10).

Pour l'*Etat fédératif suisse*, l'article 3 de la Constitution fait règle : «Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution Fédérale, et, comme tels, ils exercent tous les droits qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral». Ce qui signifie qu'en Suisse les compétences de l'Etat central sont énumérées dans la Constitution, et que les cantons conservent leur pouvoir en toutes autres matières. Certains auteurs (11) en ont déduit qu'au cas de doute les cantons bénéficieraient d'une présomption. A quoi Burckhardt (12) et M. Hans Huber (13) répondirent avec raison que les présomptions servaient à dissiper des incertitudes de fait et non de droit. Ce n'est donc pas une présomption, mais l'interprétation, qui nous indiquera le partage des compétences. Cette opinion se confirme quand on constate que la réserve au profit de l'Etat central, qui devait être «expresse» d'après l'Acte de Médiation (14), n'avait plus besoin de l'être, dans les deux Constitutions de 1848 et 1874.

L'octroi d'une certaine compétence à la Confédération n'a pas toujours le même effet sur la *situation juridique des cantons* : Ou bien la Confédération est habilitée à régir exhaustivement une matière, et alors les cantons n'ont plus voix au chapitre. Ou bien, au contraire, ses pouvoirs ne sont que partiels, et alors les cantons gardent un reliquat d'autonomie (15).

(10) Cf., à ce sujet, Nawiasky, Bundesstaat, pages 21 ss; Sträuli, pages 1 ss.

(11) Par exemple Schollenberger, page 148.

(12) Commentaire, page 14.

(13) Kompetenzkonflikt, pages 25 ss.

(14) «Les cantons jouissent de tous les pouvoirs qui n'ont pas été expressément délégués à l'autorité fédérale» (cité chez Huber, Kompetenzkonflikt, page 26, note 2).

(15) Cf. Giacometti, Bundesstaatsrecht, pages 86 ss.

Dans le premier cas, nous parlerons, avec M. Giacometti (16), d'une «*compétence fédérale exclusive*». C'est l'exégèse qui nous dira quand une compétence fédérale est exclusive. Parfois, le texte de la Constitution est assez révélateur par lui-même. Ainsi, l'article 8 ne permet pas le moindre malentendu : «La Confédération a seule le droit de déclarer la guerre et de conclure la paix, ainsi que de faire, avec les Etats étrangers, des alliances et des traités, notamment des traités de péage (douanes) et de commerce».

Dans le second cas, nous parlerons, avec le même auteur (17), d'une «*compétence fédérale non exclusive*». Il appartient également à l'exégèse d'enseigner quand une compétence fédérale est non exclusive. Ce sera le cas, incontestablement, toutes les fois que la Constitution donne à l'Etat central un droit de haute surveillance. Ainsi, aux articles 24 (police des endiguements et des forêts), 24 bis (utilisation des forces hydrauliques), 25 (exercice de la pêche et de la chasse).

Dans l'un et l'autre cas, la compétence cantonale peut être abolie de deux façons. Tantôt lors même de l'entrée en force de la disposition constitutionnelle qui crée la compétence («effet dérogatoire immédiat de la compétence fédérale» (17a)) ; tantôt le jour seulement que l'Etat central use de ses pouvoirs («effet dérogatoire différé de la compétence fédérale» (17b)). Derechef, la ligne de démarcation entre les deux types de compétence s'établit au moyen de l'interprétation. Remarquons, toutefois, qu'un effet dérogatoire immédiat est plutôt rare. L'effet sera, en général, différé.

4. Le pouvoir d'encouragement est-il une compétence fédérale exclusive ou non exclusive ?

Non exclusive, assurément. Il suffit de se rappeler quelle était la situation à l'époque de la revision. L'intention était bien, alors, de donner de nouvelles compétences à la Confédération (18). Mais, et le Message du Conseil Fédéral de 1937 (19) était parfaitement clair à ce sujet, aucune modification essentielle ne devait, pour autant, être apportée aux com-

(16) Bundesstaatsrecht, pages 86 ss.

(17) Bundesstaatsrecht, pages 91 ss.

(17a) Giacometti, Bundesstaatsrecht, pages 101 ss.

(17b) Giacometti, Bundesstaatsrecht, pages 98 ss.

(18) En effet, avant 1947, la Confédération n'avait que peu de compétences en matière économique. Bien des domaines dont la nature exigeait une réglementation centralisée échappaient au pouvoir fédéral (par exemple, l'agriculture); cf. Message I, page 856.

(19) Message I, page 891 : «En réalité, la revision constitutionnelle ne modifiera pas sensiblement la compétence des cantons».

pétences cantonales. Quoique la Confédération fût plus qualifiée que les cantons, pour régler certains problèmes économiques, cela ne signifiait pas que d'autres questions, non moins importantes, ne fussent laissées aux cantons, comme par le passé (20). D'ailleurs, quelques-unes d'entre elles, n'intéressant que les cantons, ne pouvaient guère être tranchées que par eux (21).

Dans son exposé initial, le rapporteur au Conseil National s'exprima d'une manière analogue (22) : «L'adoption du Projet, disait-il, ne fera perdre aux cantons aucune de leurs actuelles compétences». A la condition qu'ils respectent la L.C.I., les cantons conserveraient le droit d'édicter des lois et de prendre des mesures. Les Conseillers aux Etats entendirent des déclarations semblables. On soulignait, d'erechef, que, si la Confédération devait gagner de nouvelles compétences, ce ne serait pas au détriment des cantons (23).

En aucun moment l'opinion ne fut soutenue que le pouvoir d'assistance de l'article 31 bis II anéantirait, d'une manière immédiate ou différée, les prérogatives des cantons. Comme l'institution d'une compétence fédérale exclusive représente une grave ingérence dans les pouvoirs cantonaux, il est permis d'inférer, du silence des Travaux préparatoires, qu'elle n'était pas envisagée en l'espèce ; autrement dit, que l'article 31 bis II n'a créé qu'une *compétence fédérale non exclusive*. Nous avons à faire à une compétence «parallèle» (24) de la Confédération et des cantons. Les facultés des cantons ne subissent de restrictions qu'en tant que la Confédération intervient aujourd'hui dans un domaine qui, autrefois, lui était fermé. Ce partage des compétences correspond tout à fait à la nature de l'encouragement économique par l'Etat. En effet, cet encouragement ne nécessite pas une délimitation rigoureuse des pouvoirs. Point n'est besoin que la Confédération ou les cantons soient seuls à prendre, alternativement, des mesures de faveur. Bien au contraire, une activité parallèle est souvent très souhaitable. Il suffit de penser aux compétences fiscales limitées de la Confédération, et à la grande autonomie dont les cantons jouissent dans ce même domaine. Les cantons sont donc au moins aussi bien placés que la Confédération pour accorder à l'économie un encouragement financier. Sur ce point, on peut même ad-

(20) Message I, page 856.

(21) Message I, page 890.

(22) B.S. 1938, C.N., page 291 (Nietlisbach).

(23) Cf. B.S. 1938, C.E., pages 535, 539 ; 1939, C.E., pages 37, 384 ; 1945, C.E., page 281. Cf. aussi page 121.

(24) Cf. Giacometti, Bundesstaatsrecht, page 92.

mettre que la politique de faveur de la Confédération dépend des mesures que prendront les cantons (25).

5. Le pouvoir d'encouragement cantonal a donc subsisté. Et son importance pratique est considérable. De fait, en Suisse, une large part de l'activité économique de l'Etat se fonde sur le droit cantonal. A cet égard, il est révélateur de constater que de nombreuses constitutions cantonales prévoient un encouragement à l'économie. Par exemple, les Constitutions de Nidwald (article 33), Glaris (article 21), Soleure (articles 72 ss), Schaffhouse (article 56), Bâle-Campagne (§ 39), Appenzell R.E. (article 30), Saint-Gall (article 15), et des Grisons (article 42) préconisent l'encouragement de l'agriculture, de l'industrie et des arts et métiers. Le commerce et l'industrie sont nommés dans les Constitutions de Soleure (article 72), Bâle-Campagne (§ 38), Schaffhouse (article 56), Saint-Gall (article 15), Thurgovie (article 27), du Valais (articles 15 ss), et de Glaris (article 21). Les Constitutions de Soleure (article 70), Argovie (article 86), et du Valais (article 16) mentionnent le domaine des assurances (26). L'article 31 ter II de la Constitution Fédérale fait une allusion voilée à ces règles de compétence. Il dispose que la Confédération peut, dans les limites de ses attributions législatives, autoriser les cantons à édicter des prescriptions dans des matières qui ne nécessitent pas une réglementation fédérale «et pour lesquelles ils ne sont pas déjà compétents». Autrement dit, l'article 31 ter II donne aux cantons la possibilité de se faire dispenser, par autorisation de l'Etat fédéral, et dans une certaine mesure, de l'obligation de respecter la L.C.I. (27). Mais la formule «et pour lesquelles ils ne sont pas déjà compétents» signifie que les cantons n'ont pas besoin d'une autorisation de l'Etat fédéral pour toutes les mesures de politique économique. Elle part de l'idée que, lorsqu'il n'y a pas d'atteinte possible à l'article 31 Cst., les cantons sont «déjà» compétents, de plein droit. Cette compétence trouve ses limites

(25) Le parallélisme entre les compétences fédérales et cantonales n'a toutefois rien d'extraordinaire. C'est un phénomène qu'on rencontre en d'autres domaines également. Exemple : Si la Confédération est habilitée à lever un certain impôt, les cantons ne perdent pas la faculté d'imposer le même objet. Souvenons-nous que l'introduction de l'impôt fédéral direct n'a, en son temps, nullement porté atteinte aux impôts directs cantonaux.

(26) Quant à ces règles cantonales, il faut préciser qu'une constitution cantonale, en énumérant les buts que l'Etat se propose, ne crée juridiquement aucune compétence, puisque l'article 3 de la Constitution Fédérale abandonne aux cantons toutes les matières qu'elle ne réserve pas à la Confédération. Un canton peut donc assumer une tâche sans y être expressément habilité (cf. Giacometti, *Staatsrecht der Kantone*, page 54).

(27) Cf. B.S. 1945, C.N., pages 555 ss.

(outre celle de l'article 31 Cst. déjà mentionné) dans les éventuelles dispositions que les cantons ont eux-mêmes pu édicter, en cette matière de la L.C.I. (28). Pour le reste, les cantons sont libres d'organiser comme ils l'entendent leur politique d'encouragement économique.

Si donc, à côté de la Confédération, les cantons eux aussi sont habiles à prendre des mesures d'encouragement, on peut se demander comment les *conflits* devront être vidés. La réponse est donnée par le principe : «Le droit fédéral prime le droit cantonal». La force dérogatoire du droit fédéral est un des signes caractéristiques (29) de l'Etat fédératif (30). La norme fédérale élimine toute disposition cantonale qui lui est contraire (31).

Le droit fédéral prime le droit cantonal ! Que signifie cette maxime, quand elle est appliquée au cas des mesures fédérales d'encouragement ? On ne parlera guère d'une force dérogatoire du droit fédéral que lorsqu'il s'agit de vider un conflit entre deux règles de portée générale. Or une politique d'encouragement s'accommode assez difficilement de ces règles de portée générale (32). En tout cas, des dispositions contraignantes pour les particuliers ne sauraient entrer en ligne de compte ; elles violeraient la L.C.I. Par conséquent, le principe de la force dérogatoire du droit fédéral ne jouera pas un grand rôle dans le cas du pouvoir d'encouragement. C'était aussi l'opinion du rapporteur au Conseil des Etats, M. Schöpfer, qui considérait que l'éventualité d'un conflit était ici peu vraisemblable : «Il n'y aura guère de conflits, disait-il, car les mesures d'encouragement devront toujours respecter la L.C.I.» (33).

6. Et pourtant, il n'est pas inconcevable que des prescriptions cantonales soient contraires, en quelque manière, à des lois fédérales qui, telles les lois de subventions, ne contiennent aucune disposition de portée

(28) La liberté de l'industrie est garantie dans les constitutions cantonales suivantes : Zurich (article 21), Berne (81), Lucerne (10), Uri (29), Schwyz (14), Obwald (5), Nidwald (10), Glaris (12), Zoug (13), Fribourg (11), Soleure (12), Schaffhouse (17), Appenzell R.E. (15), Appenzell R.I. (2), Saint-Gall (27), Grisons (10), Argovie (21), Thurgovie (15), Vaud (9), Valais (10), Neuchâtel (15), Genève (9). Cf. Giacometti, *Staatsrecht der Kantone*, page 52.

(29) Max Imboden, page 69.

(30) Il n'est donc pas nécessaire de chercher ce principe dans une règle constitutionnelle déterminée, telle que l'article 2 des Dispositions transitoires, par exemple.

(31) Cf., pour plus de détails, Max Imboden, pages 69 ss ; Giacometti, *Bundesrecht bricht kantonaes Recht*, page 294 ; Burckhardt, *Commentaire*, page 823 ; etc.

(32) Les véritables lois de subventions ne contiennent aucune disposition de portée générale.

(33) B.S. 1938, C.E., page 535.

générale. Par exemple, un canton pourrait interdire à ses habitants de participer à une subvention fédérale, ou, tout au moins, leur rendre cette participation impossible. Ce qui serait le cas si les sujets économiques se voyaient, en fait ou en droit, empêchés de réaliser les conditions de la subvention.

Dans une telle hypothèse, la validité de la prescription cantonale s'apprécie différemment, selon le résultat que la Confédération attend de sa politique de subvention. Si elle ne désire que soutenir certaines branches économiques, sans les diriger, s'il lui est donc indifférent que les destinataires de la subvention réalisent ou ne réalisent pas les conditions de la subvention, il n'y a aucune raison de tenir pour nulles les mesures cantonales contraires à la politique fédérale. Quand les conditions de la subvention ne sont pas réalisées, il s'ensuit, simplement, que les destinataires perdent le bénéfice de la subvention. Le droit cantonal demeure intact (34). Si, en revanche, la Confédération entend non seulement soutenir une branche économique, mais la diriger d'une façon conforme aux intérêts de la collectivité, il n'y a plus de place pour le droit cantonal. Voici pourquoi : Il convient de noter que la Confédération peut poursuivre certains buts économiques aussi bien à l'aide de subventions qu'au moyen de mesures politiques au sens strict. Or le principe de la proportionnalité, déduit de l'article 31 Cst., l'oblige toujours à choisir, parmi les modes dont elle peut user, le plus tempéré (35). Avant que de recourir à une méthode inconciliable avec la L.C.I., force lui est donc d'examiner si elle ne peut atteindre le même résultat par un moyen conforme à l'article 31 Cst. Si une subvention suffit pour protéger une branche de l'économie, il n'y a pas lieu d'employer une manière plus radicale. Mais alors, il est de première importance que la subvention soit effectivement versée. Ce qui présuppose que les conditions de la subvention puissent être réalisées, et que cette réalisation ne soit pas mise en échec par le droit cantonal. En effet, il serait intolérable que les cantons puissent, par leur législation, contrecarrer les mesures fédérales. Le constituant n'a certainement pas voulu permettre que des décisions fédérales fussent rendues illusoires par des prescriptions cantonales. Par ailleurs, il n'est pas toujours facile de savoir si, dans une hypothèse donnée, une intervention contraire à la L.C.I. serait constitutionnelle. En cas de doute, il vaut mieux que la Confédération s'en tienne aux mesures libérales de l'article 31 bis II Cst. Il ne serait pas conforme à l'esprit de la Constitution de l'obliger à choisir la voie incisive de l'article 31 bis III, dans le seul but d'éluder les obstacles du droit cantonal.

(34) Cf. Max Imboden, pages 134—135.

(35) Cf. Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, page 160.

II. Les prescriptions normatives de la Confédération dans le domaine de la politique d'encouragement.

1. Nous avons constaté qu'un encouragement simultané de la Confédération et des cantons n'est pas seulement possible, mais encore souvent souhaitable. La Confédération a, mainte fois, intérêt que ses mesures soient complétées par celles des cantons. Pratiquement, elle souligne cet intérêt en subordonnant ses subventions à une prestation correspondante des cantons (1). Mais peut-elle prescrire aux cantons les mesures qu'ils devront adopter, et leur dicter les principes dont ils devront s'inspirer ?

Semblables prescriptions, dites *normatives*, auraient pour but de planifier l'encouragement à l'économie, et de parer à d'éventuelles contradictions (2). La logique permettrait de les classer parmi les mesures de l'article 31 bis II, car, bien qu'indirectement, elles se proposent de favoriser certaines branches économiques et professions. Elles se fondent, avant tout, sur l'idée qu'une politique économique doit être cohérente, c'est-à-dire conforme à un plan, et franche de contradictions.

Cette idée là paraît indiscutable. Ce qui, en revanche, l'est beaucoup moins, c'est la façon de la réaliser. Quand elle prend une mesure, la Confédération doit tenir compte de l'*interdépendance générale de l'économie*. Tous les phénomènes partiels y sont corrélatifs. Aucun marché, aucun prix, aucun groupement professionnel n'est influencé, que d'autres n'en subissent un contre-coup. Avant de déployer une activité économique, l'Etat devra donc en examiner les conséquences les plus lointaines. C'est la seule façon, pour lui, d'éviter des interventions désordonnées, et, partant, un gaspillage inconsidéré des deniers publics.

L'obéissance à un plan, et l'absence de contradictions, sont des principes valables pour l'économie entière. Notons-le, il est spécialement difficile de les respecter dans le domaine de la politique de faveur. Comme l'Etat n'a pas, ici, de pouvoir de contrainte (à cause de la L.C.I.), et que les réactions des particuliers peuvent donc déconcerter les prévisions, le but proposé ne sera pas toujours atteint. La situation économique sera

(1) Exemples: Arrêté Fédéral tendant à encourager le travail à domicile, du 12 février 1949, R.O.L.F., 1949, page 543. Article 4 II : «L'octroi des subventions est subordonné à des prestations de tiers suffisantes qui, en règle générale, devront être au moins égales à la subvention fédérale». — Arrêté Fédéral tendant à encourager les coopératives de cautionnement des arts et métiers, du 22 juin 1949, R.O.L.F., 1949, page 1761. Article 2 II : «La contribution aux frais généraux d'administration ne sera allouée qu'à la condition que le canton où la coopérative de cautionnement exerce son activité accorde une subvention au moins égale».

(2) Cf. Sträuli, pages 217 ss.

changée, cela est certain. Mais le changement ne sera pas toujours celui que l'Etat recherchait. Autrement dit, il arrive qu'une mesure de faveur ne dirige pas l'évolution économique, mais la fasse dévier (3). C'est pourquoi nos deux maximes, d'obéissance à un plan, et d'absence de contradictions, jouent un rôle particulièrement important dans le domaine de l'encouragement économique. L'Etat ne décidera une mesure de faveur qu'autant qu'il aura pris conscience de la complexité économique, et qu'il aura calculé les conséquences possibles de son acte.

Cependant, c'est la structure fédérative de notre pays qui est le plus grand obstacle à une politique économique cohérente. L'obéissance à un plan (4) doit avant tout s'entendre, c'est vrai, de l'activité de la *Confédération*. Mais le résultat ne sera jamais qu'imparfait aussi longtemps que la *coordination des mesures fédérales et cantonales* ne sera pas également assurée. Pour être efficaces, toutes les mesures, des cantons comme de la Confédération, doivent s'inspirer des mêmes principes, et refléter une politique unitaire.

Et pourtant, ce ne sont pas ces considérations d'opportunité qui nous diront si l'article 31 bis II autorise la Confédération à dicter des prescriptions aux cantons. Deux intérêts sont en présence : la politique d'encouragement doit être coordonnée et l'autonomie des cantons ne doit pas être diminuée. Ces deux intérêts, pour légitimes qu'ils soient, ne sauraient être servis simultanément. Ils s'excluent. Un choix est donc indispensable. Ou bien on préconise une politique d'encouragement rationnelle, et alors on admet que la Confédération impose des directions aux législateurs cantonaux. Ou bien on défend le fédéralisme, et alors on s'interdit toute atteinte à la sphère de compétence cantonale. L'interprétation nous enseigne quel est, à cet égard, le point de vue des articles revisés.

2. De fait, l'*exégèse* de l'article 31 bis II montre que la Confédération n'est nullement habilitée à imposer des directions aux législateurs cantonaux.

Au cours des délibérations parlementaires, on a mainte fois relevé que la revision n'apporterait aucun changement essentiel dans le statut des cantons (5). La structure fédérative de notre pays devait rester intacte. Si le pouvoir d'encouragement fut accordé à la Confédération, c'était pour que, désormais, canton et Confédération fussent, *l'un et l'autre*,

(3) Cf. Böhm, *Wirtschaftsordnung*, pages 394 ss.

(4) Une économie obéissant à un plan n'équivaut toutefois pas à une «économie planifiée» (cf. également, ci-dessous, page 131).

(5) Cf., ci-dessus, pages 123 ss.

capables de prendre des mesures d'encouragement. L'un et l'autre deviendraient ainsi les titulaires de droits semblables. Il n'a jamais été question de garantir la coordination des mesures fédérales et cantonales. On s'appliquait, avant tout, à empiéter le moins possible sur les prérogatives des cantons. Sans doute, certains parlementaires (sociaux-démocrates) dénoncèrent vivement l'absence de règle de coordination (6). Mais, pour la majorité des députés, l'autonomie des cantons était plus importante que l'unité de la politique d'encouragement. Or, si la Confédération s'avisait d'édicter des prescriptions normatives, elle violerait cette autonomie. Donc elle agirait contrairement à l'intention du constituant.

En outre, ce constituant partait évidemment de l'idée que des mesures qui ne sont pas impératives pour les particuliers n'ont pas besoin d'être coordonnées par l'État central. Des prescriptions normatives sont surtout nécessaires quand il s'agit d'adapter au droit fédéral des dispositions cantonales contraignantes. Ne fût-ce que du point de vue juridique, il est alors indiqué d'éviter tout frottement entre les deux sphères de droit. Il y va de l'unité de l'ordre légal (7). En revanche, quand une double compétence de la Confédération et des cantons ne peut pas entraîner de tels inconvénients juridiques, point n'est besoin de prescriptions normatives fédérales. Elles ne trouveraient pas de justifications suffisantes dans des motifs de politique économique.

Enfin, ce résultat est corroboré lorsque l'on confronte l'article 31 bis II avec l'article 31 quinquies, dit «article de la conjoncture». Dans la politique conjoncturelle, l'absence de coordination des efforts économiques a manifestement de très fâcheux effets. Le constituant a donc dû prévoir, à cet égard, une certaine coopération entre l'État central et les cantons. L'article 31 quinquies ne dispose-t-il pas, expressément, que la Confédération prendra ses mesures «conjointement avec les cantons»? (8). A contrario, on en déduira qu'ailleurs le constituant n'a pas jugé nécessaire de garantir l'unité de la politique économique.

3. A la vérité, l'interdiction des prescriptions normatives fédérales n'a pas de grandes conséquences pratiques. La politique de faveur de la Confédération et des cantons ne donnera pas lieu à beaucoup de diver-

(6) B.S. 1945, C.N., pages 453 (Spühler), 479—480 (Weber).

(7) Cf. Max Imboden, page 132. En ce qui concerne la collaboration entre la Confédération et les cantons : Burckhardt, Commentaire, pages 21—23.

(8) Ce n'est pas le lieu, ici, d'examiner de plus près comment cette «conjonction» doit se réaliser dans la pratique. Observons cependant que, selon M. De Capitani (pages 121 ss), des prescriptions normatives fédérales sont exclues en ce domaine également. Sa démonstration, tout au moins dans son aspect systématique et téléologique, vaut aussi pour l'article 31 bis II.

gences, car c'est l'intérêt des cantons de coopérer *volontairement* avec la Confédération. En effet, ils savent que leurs mesures n'auront de poids qu'autant qu'elles se coordonneront avec celles de l'Etat central. Contrecarrer la politique fédérale serait nuire également à la leur.

Par ailleurs, il arrivera souvent que la Confédération assure le parallélisme des deux politiques en faisant dépendre ses subventions d'une prestation correspondante des cantons (9). Dans certaines circonstances, c'est là un moyen plus efficace que toutes les prescriptions normatives. Car quel canton laisserait échapper l'occasion d'obtenir de la Confédération l'encouragement de sa propre économie ?

4. C'est, du reste, on peut le dire, l'esprit même de la Constitution qui s'oppose aux prescriptions normatives fédérales. Notre droit économique se fonde sur le principe de la non-intervention. Les ingérences de l'Etat doivent donc être tenues pour des exceptions (10). La Confédération ne prendra des mesures que si le besoin s'en fait sentir. Autrement dit, elle n'interviendra que de cas en cas. Elle ne saurait établir un plan économique d'ensemble, auquel seraient soumis tous les sujets de droit. Il n'existe pas d'autorité suprême qui, semblable à un état-major général, dirige toute l'économie de la Suisse (11). Plans et organisations sont l'affaire des particuliers. On attend que l'ordre s'instaure de lui-même, par le libre jeu des forces économiques. Dès lors, l'interdiction des prescriptions normatives fédérales, dans le domaine de l'encouragement économique, va de soi. Si la Confédération prend ses mesures de cas en cas, et sans système général, c'est donc qu'il n'y a pas, pour les cantons, de plan fédéral d'ensemble à violer. En conséquence, des prescriptions normatives n'ont pas de raison d'être.

Cependant, il serait inexact de penser que ces prescriptions normatives sont contraires à l'esprit de la Constitution pour la seule raison qu'une économie essentiellement libérale les rend superflues. Car notre système économique, plutôt que libéral, est mixte. S'il ne lie pas la politique économique à un plan proprement dit, l'idée de plan ne lui est pas tout à fait étrangère. Lorsque l'Etat intervient de cas en cas, il s'inspire tout de même de certains principes directeurs. C'est dire qu'il entend pratiquer une politique logique et raisonnable. Donc, on pourrait croire que, dans un Etat ainsi interventionniste, il est opportun d'édicter des prescriptions normatives. Mais alors, pourquoi le constituant a-t-il estimé que ces considérations d'opportunité étaient insuffisantes ?

(9) Cf., ci-dessus, page 128, en particulier note 1.

(10) Cf., ci-dessus, pages 29—30.

(11) Cf., par exemple, B.S. 1945, C.N., pages 479—480 (Weber).

Cela ne se peut expliquer, derechef, qu'en raison du caractère exceptionnel des mesures de politique économique. Etant exceptionnelles, ces mesures doivent être appliquées selon le principe de la proportionnalité : elles doivent être adaptées au résultat recherché. Or, précisément, si la Confédération imposait des directions aux cantons, elle userait d'un moyen qui *n'est pas proportionné* au but de la politique de faveur. L'importance de cette politique ne justifie pas que les cantons lui fassent le sacrifice de leur autonomie. L'encouragement de certaines branches économiques n'est pas une de ces tâches que l'Etat doit accomplir à tout prix. Au contraire, la réserve de la L.C.I., à l'article 31 bis II Cst., montre qu'il existe des valeurs juridiques plus élevées encore.

Considérations finales

1. Tout au cours de notre exposé, nous nous sommes appliqué à montrer que le pouvoir d'encouragement de l'article 31 bis II Cst. était une compétence que le respect de la L.C.I. et la sauvegarde des intérêts généraux de l'économie nationale limitaient considérablement. Nous avons observé que, lorsqu'il était intensif, l'encouragement à l'économie constituait un danger pour cette L.C.I. et ces intérêts généraux. Nous en avons conclu qu'il fallait user modérément des mesures de faveur.

A vrai dire, en insistant exclusivement sur les dangers du pouvoir d'encouragement, on pourrait donner l'impression qu'il s'agit là d'une compétence de valeur plutôt négative, à laquelle la Confédération ferait mieux de ne jamais recourir. Cette impression serait fautive : si nous avons souligné les aspects défavorables du pouvoir d'encouragement, c'est parce que nous entendions faire des *limites* de cette compétence le point central de notre thèse.

En réalité, les mesures d'encouragement présentent aussi des côtés positifs. Même du point de vue de la L.C.I., ces mesures comportent des avantages indéniables. A tout le moins, on ne saurait contester que, malgré la contrainte indirecte qu'elles exercent parfois, elles portent une moindre atteinte à la L.C.I. que les interventions proprement dites de l'article 31 bis III. C'est d'ailleurs bien la raison d'être de l'alinéa II de permettre à la Confédération de prendre des mesures économiques sans devoir violer la L.C.I. Par conséquent, il est clair qu'au regard de la L.C.I., les mesures de l'alinéa II sont préférables à celles de l'alinéa III. Et la Confédération est bien obligée d'user de cet alinéa II quand une intervention est nécessaire, mais qu'un recours à l'alinéa III n'est pas indispensable (1). A ce sujet, le

(1) Sous ce rapport, toutes les lois de la Confédération ne sont pas constitutionnelles. Il en est plusieurs qui n'ont pas choisi les moyens les plus économiques pour atteindre leur but. C'est, en particulier, le cas de la Loi Fédérale sur l'amé-

texte même de l'alinéa III ne permet pas de doute : «s'il le faut» (2). Si donc, nous inspirant de principes libéraux, nous avons pu dire que la Confédération doit user modérément du pouvoir d'encouragement, il ne faut pas comprendre, par là, qu'elle ferait mieux de ne pas y recourir du tout. Bien au contraire, les mêmes principes libéraux nous enseignent que, lorsqu'elle doit intervenir, il convient qu'elle le fasse en se fondant, au premier chef, sur l'alinéa II de l'article 31 bis.

2. Mais l'avantage des mesures de faveur (toujours du point de vue de la L.C.I.) n'est pas seulement relatif. Il ne faut pas le voir uniquement dans le fait que, parmi les mesures économiques, celles de l'alinéa II de l'article 31 bis valent mieux, à tout prendre, que celles de l'alinéa III. Autant un encouragement excessif est nuisible à la liberté, autant une faveur modérée peut lui être profitable. L'écrasante majorité de la population de tous les pays recherche, on le sait, non seulement la liberté, mais aussi la prospérité économique et, quand cela se concilie avec ses aspirations libérales, la sécurité (3). Aux époques de basse conjoncture, l'appel aux interventions de l'Etat est si pressant, ainsi que l'expérience l'a montré, que les sujets de droit sont même disposés à sacrifier une part de leur liberté. Autrement dit, outre la guerre et ses conséquences, une dépression durable est un des plus grands périls pour la liberté (4). Si donc des mesures de faveur permettent de détourner ou d'enrayer une dépression, la liberté n'a-t-elle pas tout à y gagner ? Au surplus, les dépressions provoquent la formation de cartels qui, eux aussi, menacent la liberté. Par conséquent, lorsqu'une politique d'encouragement sert à protéger l'économie contre la multiplication des cartels, la liberté y trouve également son avantage. C'est encore tout profit pour elle, quand le pouvoir d'encouragement donne le moyen de soutenir une entreprise qui, normalement, devait être étatisée (pensons aux chemins de fer privés) (5). Nous voyons ainsi que, si la mesure d'encouragement est souvent un mode de centralisation et de collectivisation, et, partant, un danger pour la liberté, elle est fréquemment aussi un appui

lisation de l'agriculture et le maintien de la population paysanne, du 3 octobre 1951 (R.O.L.F., 1953, page 1095), où de nombreux postulats paysans auraient pu être réalisés de façon plus libérale, par des subventions plutôt que par des prises en charge (cf. Sieber, pages 102 ss).

(2) Cf., sur les relations entre l'alinéa II et l'alinéa III de l'article 31 bis, ci-dessus, page 35.

(3) Cf., par exemple, B.S. 1945, C.N., page 596 (Schmid, Zurich).

(4) Cf. Fritz Imboden, page 114.

(5) Cf. Schindler, page 106.

(6) En cela, la mesure de faveur ressemble à la mesure de police économique. Une mesure policière constitue, en soi, une limitation de la L.C.I. Mais elle ne limite pas uniquement la L.C.I. Elle seule la rend praticable. Puisqu'elle a pour

pour cette même liberté (6). Nous pouvons donc bien la considérer comme le type de la mesure intermédiaire, également proche de la liberté et de la servitude économique (7).

propos de «préserver l'ordre public contre les perturbations que pourrait lui causer la liberté illimitée de l'activité économique» (A.T.F. 59. I. 112, cons. III), elle protège aussi, de façon indirecte, la liberté, qui n'est pratiquement possible, et qui ne prend toute sa valeur, que dans un régime d'ordre.

(7) Cf. B.S. 1949, C.N., page 503.

Bibliographie

- Bertheau T., Die bundesgerichtliche Praxis betr. die Niederlassungsfreiheit, Gewerbefreiheit und politische Stimmberechtigung; thèse Zurich 1895.
- Böhler E., Vom Sinn der freien Konkurrenz, dans : Neue Schweizer Rundschau, avril 1936, fascicule 12, pages 718 ss.
- Böhm F., Wettbewerb und Monopolkampf, Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung ; Berlin 1933 (cité : Wettbewerb und Monopolkampf).
- Böhm F., Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, dans : Revue de la Société des Juristes bernois, volume 85, août 1949, pages 329 ss et 377 ss (cité : Wirtschaftsordnung).
- Burckhardt W., Commentaire de la Constitution fédérale, 3e édition ; Berne 1931 (cité : Commentaire).
- De Capitani S., Die konjunkturpolitischen Befugnisse des Bundes auf Grund von Art. 31 quinquies der Bundesverfassung ; thèse Zurich 1952.
- von Castelberg G., Die Erhaltung wichtiger, in ihren Existenzgrundlagen gefährdeter Wirtschaftszweige oder Berufe, dans : Wirtschaft und Recht, 4e année 1952/53, pages 179 ss.
- Eichenberger K., Die oberste Gewalt im Bunde ; thèse Berne 1949.
- Fleiner F., Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8e édition ; Zurich 1939 (cité : Institutionen).
- Fleiner F., Schweizerisches Bundesstaatsrecht ; Tubingue 1923 (cité : Bundesstaatsrecht).
- Germann O. A., Die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes auf Grund von Art. 34 ter der Bundesverfassung, dans : Revue de la Société des Juristes bernois, volume 60, septembre 1924, pages 407 ss.
- Giacometti Z., Aussenhandel und Handels- und Gewerbefreiheit, dans : Staat und Wirtschaft, Festgabe Nawiasky; Einsiedeln 1950, pages 17 ss (cité : Aussenhandel).
- Giacometti Z., Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone ; Zurich 1941 (cité : Staatsrecht der Kantone).
- Giacometti Z., Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln der Bundesverfassung, dans : La liberté du citoyen en droit suisse,

- Recueil du centenaire de la Constitution fédérale, publié par les Facultés de Droit des Universités suisses ; Zurich 1948, pages 175 ss (cité : Handels- und Gewerbefreiheit).
- Giacometti Z., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Neubearbeitung des gleichnamigen Werkes von Fritz Fleiner ; Zurich 1949 (cité : Bundesstaatsrecht).
- Giacometti Z., Ueber das Rechtsverordnungsrecht im schweizerischen Bundesstaate, dans: Festgabe Fleiner 1927; Tubingue 1927, pages 360 ss (cité: Rechtsverordnungsrecht).
- Giacometti Z., Ueber die rechtliche Tragweite des Prinzips «Bundesrecht bricht kantonales Recht», dans: Revue Suisse de Jurisprudence, 26e année, pages 294 ss (cité: Bundesrecht bricht kantonales Recht).
- Guhl T., Bundesgesetz, Bundesbeschluss und Verordnung nach schweizerischem Staatsrecht; Bâle 1908.
- Gutersohn A., Ein Anschlag gegen die Handels- und Gewerbefreiheit? dans : Annuaire suisse des arts et métiers de l'Union suisse des arts et métiers 1943, pages 157 ss.
- Haefliger A., Die staatsrechtliche Bedeutung des Bundesbeschlusses ; thèse Berne 1943.
- Hasbach W., Die allgemeinen philosophischen Grundlagen der von François Quesnay und Adam Smith begründeten politischen Ökonomie; Leipzig 1890.
- Homburger E., Die Gestaltung des Verhältnisses zwischen Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit als Problem der Wirtschaftsordnung; thèse Zurich 1948.
- Huber H., Das Staatsrecht des Interventionismus, dans: Revue de Droit suisse, vol. 70 (1951), fascicule 2, pages 173 ss (cité: Interventionismus).
- Huber H., Der Kompetenzkonflikt zwischen Bund und Kantonen; thèse Berne 1926 (cité: Kompetenzkonflikt).
- Huber H., Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, dans: Revue de Droit suisse, vol. 55 (1936), pages 1a ss (cité: Garantie).
- Huber H., Soziale Verfassungsrechte? dans : La liberté du citoyen en droit suisse, Recueil du centenaire de la Constitution fédérale, publié par les Facultés de Droit des Universités suisses ; Zurich 1948, pages 149 ss (cité: Soziale Verfassungsrechte).
- Huber H., Verbandsrecht und staatliches Recht, dans : Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 50e année (1949), pages 52 ss (cité : Verbandsrecht).
- Iklé M., Massnahmen des Bundes zur Stützung des Zinsfusses, dans : Neue Zürcher Zeitung, No 2681 du 30 octobre 1954.
- Imboden Fritz, Die Handels- und Gewerbefreiheit und die schweizerische Wirtschaftsordnung; thèse Berne 1948.
- Imboden Max, Bundesrecht bricht kantonales Recht; thèse Zurich 1940.
- Jaccard R., Le projet d'arrêté du Conseil fédéral réglant l'ouverture d'exploitations, dans : Annuaire suisse des arts et métiers de l'Union suisse des arts et métiers 1943, pages 178 ss.
- Jellinek G., System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2e édition ; Fribourg/Br. 1892 (cité : System).

- Jöhr W. A., Article «Interventionismus», dans : Handbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, 1er volume; Berne 1939, pages 622 ss.
- Kägi W., Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus, dans : La liberté du citoyen en droit suisse, Recueil du centenaire de la Constitution fédérale, publié par les Facultés de Droit des Universités suisses ; Zurich 1948, pages 53 ss.
- Kaufmann O. K., Die revidierten Wirtschaftsartikel der schweizerischen Bundesverfassung und das geltende Wirtschaftsrecht, dans : Staat und Wirtschaft, Festgabe Nawiasky; Einsiedeln 1950, pages 33 ss.
- Keller W., Die kantonale Sondergewerbesteuer und die Bundesverfassung; thèse Fribourg 1945.
- Küng E., Die Subventionen in nationalökonomischer Beleuchtung, dans : Jahrbuch der Nationalökonomie und Statistik, 149e année (janvier 1939), fascicule 1, pages 54 ss (cité : Subventionen).
- Küng E., Einzelinteresse und Gesamtinteresse, dans : Individuum und Gemeinschaft; St-Gall 1949, pages 279 ss (cité : Einzelinteresse und Gesamtinteresse).
- Marti H., Das Verordnungsrecht des Bundesrates; Zurich 1944 (cité: Verordnungsrecht).
- Marti H., Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln; Berne 1950 (cité: Handels- und Gewerbefreiheit).
- Matti A., Die Bundessubvention als Rechtsinstitut des schweizerischen Bundesrechtes; thèse Zurich 1929.
- Meisser H., Demokratie und Liberalismus in ihrem Verhältnis zueinander; thèse Zurich 1941.
- Merz H., Die Frage einer schweizerischen Kartellgesetzgebung — Die rechtliche Problematik, dans : Neue Zürcher Zeitung, No 2791 du 10 novembre 1954.
- Nawiasky H., Allgemeine Rechtslehre, 2e édition ; Einsiedeln 1948 (cité : Allgemeine Rechtslehre).
- Nawiasky H., Der Bundesstaat als Rechtsbegriff; Tubingue 1920 (cité : Bundesstaat).
- Nef H., Der richterliche Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit, dans : La liberté du citoyen en droit suisse, Recueil du centenaire de la Constitution fédérale, publié par les Facultés de Droit des Universités suisses; Zurich 1948, pages 191 ss (cité : Der richterliche Schutz).
- Nef H., Handels- und Gewerbefreiheit, dans : Fiches juridiques suisses, fiches nos 616 ss (cité : Handels- und Gewerbefreiheit).
- Osterwalder M., Die Export-Risikogarantie des Bundes; thèse Berne 1944.
- Räber H., Die rechtliche Tragweite des Art. 34 ter der schweizerischen Bundesverfassung; thèse Zurich 1930.
- Redli M., Zweck und Ordnung der Pflichtlagerbeiträge, dans : Neue Zürcher Zeitung, No 3002 du 30 novembre 1954.
- Regi C., Die Grenzen des fakultativen Referendums in der Bundesgesetzgebung; thèse Berne 1945.
- Rommen H., Die ewige Wiederkehr des Naturrechtes, 2e édition ; Munich 1947.
- Ruck E., Schweizerisches Staatsrecht, 2e édition ; Zurich 1939 (cité : Staatsrecht).
- Ruck E., Schweizerisches Verwaltungsrecht, 2 volumes, 2e édition ; Zurich 1939/42 (cité : Verwaltungsrecht).

- Rutz K., Staatliche Subventionen an private Unternehmungen; thèse Zurich 1948.
- Saitzew M., Der Interventionismus, dans : Festgabe Fleiner 1937 ; Zurich 1937, pages 321 ss.
- Salin E., Geschichte der Volkswirtschaftslehre; Berlin 1923.
- Schindler D., Die Bundessubventionen als Rechtsproblem ; thèse Zurich 1951.
- Schollenberger J., Das Bundesstaatsrecht der Schweiz; Berlin 1920.
- Schürmann L., Das Recht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation, dans : Revue de Droit suisse, volume 72 (1953), fascicule 3, pages 65a ss (cité : Gemischtwirtschaftliche und öffentliche Unternehmungen).
- Schürmann L., Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, dans : Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 49me année (1948), pages 33 ss, 57 ss et 89 ss (cité : Rechtliche Tragweite).
- Sieber H., Die wirtschaftlichen Bestimmungen im 2. Titel des Entwurfes zu einem neuen Landwirtschaftsgesetz, dans : Wirtschaft und Recht, 1ère année 1949/50, pages 94 ss.
- Sombart W., Die Ordnung des Wirtschaftslebens; Berlin 1925.
- Spahn C. A., Staatsmacht und Individualsphäre, Zur Krise der verfassungsmässigen Individualrechte ; Zurich 1944.
- Sträuli H., Die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiete der Gesetzgebung; thèse Zurich 1933.
- Sulzer W., Der allgemeinverbindliche Bundesbeschluss nach Art. 89 der schweizerischen Bundesverfassung; thèse Zurich 1932.
- Tanner H., Die Kartellbestimmung der schweizerischen Bundesverfassung (Art. 31 bis, Al. 3 der Bundesverfassung); thèse Berne 1950.
- Truchy H., Cours d'économie politique, tome 1er, 4e édition ; Paris 1936.
- Voigt H. A., Der liberale Polizeibegriff und seine Schranken in der Bundesgerichtlichen Judikatur; thèse Zurich 1945.
- Winterberger G., Der partielle obligatorische Fähigkeitsausweis als Gewerbeschutzmassnahme; thèse Berne 1948.

PUBLICATIONS OFFICIELLES

- Arrêts du Tribunal Fédéral suisse (cité : A.T.F.).
- Bulletin sténographique de l'Assemblée Fédérale suisse (cité : B.S.) ;
du Conseil National (cité : C.N.)
du Conseil des Etats (cité : C.E.).
- Feuille Fédérale de la Confédération suisse (Berne) (cité : F.F.), principalement :
— F.F. 1937, II 829 ss : Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale concernant une revision partielle des dispositions constitutionnelles qui régissent l'ordre économique, du 10 septembre 1937 (cité : Message I).
— F.F. 1945, I 877 ss : Message Complémentaire du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale sur la revision des articles de la Constitution fédérale relatifs au domaine économique, du 3 août 1945 (cité : Message II).

Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération. Recueil publié par le Département de justice et police en exécution d'un arrêté du Conseil Fédéral. Fascicules 1 ss.

Recueil officiel des Lois et Ordonnances de la Confédération Suisse (cité: R.O.L.F.) de 1874 à 1947 : volumes nos 1—63
à partir de 1948 : volumes cités sous le millésime de l'année.

Recueil systématique des Lois et Ordonnances de la Confédération Suisse 1848—1947 (cité : R.S.).

ABBREVIATIONS SPECIALES

L.C.I. Liberté du commerce et de l'industrie.

D.F.E.P. Département fédéral de l'économie publique.

